**Über dieses Buch**

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

**Nutzungsrichtlinien**

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

**Über Google Buchsuche**

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Тем, что эта книга дошла до Вас, мы обязаны в первую очередь библиотекарям, которые долгие годы бережно хранили её. Сотрудники Google оцифровали её в рамках проекта, цель которого – сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Эта книга находится в общественном достоянии. В общих чертах, юридически, книга передаётся в общественное достояние, когда истекает срок действия имущественных авторских прав на неё, а также если правообладатель сам передал её в общественное достояние или не заявил на неё авторских прав. Такие книги – это ключ к прошлому, к сокровищам нашей истории и культуры, и к знаниям, которые зачастую нигде больше не найдёшь.

В этой цифровой копии мы оставили без изменений все рукописные пометки, которые были в оригинальном издании. Пускай они будут напоминанием о всех тех руках, через которые прошла эта книга – автора, издателя, библиотекаря и предыдущих читателей – чтобы наконец попасть в Ваши.

**Правила пользования**
Мы гордимся нашим сотрудничеством с библиотеками, в рамках которого мы оцифровываем книги в общественном достоянии и делаем их доступными для всех. Эти книги принадлежат всему человечеству, а мы – лишь их хранители. Тем не менее, оцифровка книг и поддержка этого проекта стоят немало, и поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые меры, чтобы предотвратить коммерческое использование этих книг. Одна из них – это технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас:

- **Не использовать файлы в коммерческих целях.** Мы разработали программу Поиска по книгам Google для всех пользователей, поэтому, пожалуйста, используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- **Не отправлять автоматические запросы.** Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого рода. Если Вам требуется доступ к большим объёмам текстов для исследований в области машинного перевода, оптического распознавания текста, или в других похожих целях, свяжитесь с нами. Для этих целей мы настоятельно рекомендуем использовать исключительно материалы в общественном достоянии.
- **Не удалять логотипы и другие атрибуты Google из файлов.** Изображения в каждом файле помечены логотипами Google для того, чтобы рассказать читателям о нашем проекте и помочь им найти дополнительные материалы. Не удаляйте их.
- **Соблюдать законы Вашей и других стран.** В конечном итоге, именно Вы несёте полную ответственность за Ваши действия – поэтому, пожалуйста, убедитесь, что Вы не нарушаете соответствующие законы Вашей или других стран. Имейте в виду, что даже если книга более не находится под защитой авторских прав в США, то это ещё совсем не значит, что её можно распространять в других странах. К сожалению, законодательство в сфере интеллектуальной собственности очень разнообразно, и не существует универсального способа определить, как разрешено использовать книгу в конкретной стране. Не рассчитывайте на то, что если книга появилась в поиске по книгам Google, то её можно использовать где и как угодно. Наказание за нарушение авторских прав может оказаться очень серьёзным.

**О программе**
Наша миссия – организовать информацию во всём мире и сделать её доступной и полезной для всех. Поиск по книгам Google помогает пользователям найти книги со всего света, а авторам и издателям – новых читателей. Чтобы произвести поиск по этой книге в полнотекстовом режиме, откройте страницу `http://books.google.com`.

Digitized by Google

THE
UNIVERSITY
OF CHICAGO
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

# ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

1916 г.

КНИГА XVI (IV).

Москва.

Digitized by Google

Digitized by Google

# ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

ЖУРНАЛЪ

МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА,

ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ

ПЕТРОГРАДСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ НАУКЪ

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ

**Б. А. Кистяковскаго.**

**БЛИЖАЙШЕЕ УЧАСТІЕ ВЪ РЕДАКЦІИ ПРИНИМАЮТЪ:**

**А. С. Алексѣевъ †, Н. Г. Вавинъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. А. Каблуковъ, И. А. Кистяковскій, М. М. Ковалевскій †, Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, С. А. Котляревскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, Н. И. Новгородцевъ, І. А. Покровскій, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.**

Книга XVI (IV).

МОСКВА, 1916.

Digitized by Google

Типографія т./д. «МЫСЛЬ», Москва, Петровка, 17.

Digitized by Google

# ОГЛАВЛЕНІЕ.


Стр.

**А. Л. Саккетти.** Право и наука права . . . . . 5

**Н. М. Тоцкій.** Къ вопросу о генезисѣ государственной теоріи права. 38

**А. М. Ладыженскій.** Военное занятіе непріятельской земли . . . 54

**Н. Н. Полянскій.** Судъ въ правовомъ государствѣ и наука уголовнаго процесса . . . . . 79

**П. И. Люблинскій.** Военный судъ въ Англіи . . . . . 98

**Л. С. Таль.** Автономное правотворчество въ частномъ правѣ . . . 135

**А. С. Ященко.** П. А. Покровскій. Некрологъ . . . . . 156


## Юридическое Обозрѣніе.


**Ю. В. Ключниковъ.** Organisation Centrale pour une paix durable. 162

**І. И. Яшунскій.** «Уставъ благочинія и безопасности» . . . . . 169


## Литературное Обозрѣніе.


**Петръ Покровскій** Бентамъ и его время. *В. М Устинова* . . . 186

**Е. Н. Ефимовъ.** Курсъ законовѣдѣнія. Ч. I. Элементарныя понятія о государствѣ и правѣ. *Л. В. Успенскаго* . . . . . 189

**В. М. Гессенъ.** Основы конституціоннаго права. *Ю. В. Ключникова.* 191

**В. А. Гагенъ.** Учебникъ административнаго права. *П. И. Алексѣева.* 195

**Вя. В. Карпека.** Пассивная легитимація въ rei vindicatio классическаго римскаго права. *В. Н. Фрезе* . . . . . 201


Digitized by Google

Digitized by Google

# Право и наука права.

## 1.

Право и государство могутъ разсматриваться съ различныхъ точекъ зрѣнія. «Развитіе науки о правѣ, пишетъ Б. А. Кистяковскій, привело къ убѣжденію, что право входитъ въ различныя сферы человѣческой жизни и дѣятельности, которыя могутъ составлять предметъ различныхъ отраслей гуманитарныхъ наукъ. Поэтому научно правомѣрны не одно, а нѣсколько понятій права» [1]). «Въ соотвѣтствіи съ тѣмъ многообразіемъ, которое обнаруживаетъ государство, существуетъ множество точекъ зрѣнія, съ которыхъ оно можетъ быть разсматриваемо. Отсюда вытекаетъ необходимость спеціализаціи науки о государствѣ»,—такъ писалъ покойный Георгъ Еллинекъ: [2]) «Необходимость такой спеціализаціи постепенно проникла въ сознаніе по мѣрѣ развитія познанія. Подобно большинству областей знанія, которыя впослѣдствіи распались на множество отраслей, наука о государствѣ начала свою исторію, какъ единое ученіе». Единая всеобъемлющая наука о государствѣ — п о л и т и к а (отъ πόλις гражданская община, на подобіе *τὰ μαθηματικά, τὰ φυσικά*) постепенно развиваясь, расчленяется и въ этомъ процессѣ расчлененія выдѣляетъ изъ себя отдѣльныя отрасли знанія о государствѣ, соотвѣтственно различнымъ точкамъ зрѣнія на этотъ предметъ.

Наиболѣе простой, непосредственный взглядъ на право и государство есть наивно-реалистическій: право и государство съ этой естественной точки зрѣнія представляются реальными явленіями, относящимися, повидимому, къ обширной области общественныхъ, соціальныхъ явленій, разновидности коихъ они составляютъ. Однако, то, что для обыденнаго взгляда представляется чѣмъ-то

[1]) Реальность объективнаго права. «Логосъ». 1910, кн. 2-я, стр. 234. Ср. также Б. А. К и с т я к о в с к і й. Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей теоріи права. Москва, 1916, стр. 320.

[2]) Allgemeine Staatslehre. 2 Aufl. 1905. S. 5.

Digitized by Google

простымъ, повседневнымъ и не вызывающимъ недоумѣній, для пристальнаго вопрошающаго взгляда оказывается чѣмъ-то въ высокой степени сложнымъ, замысловатымъ, требующимъ осторожнаго изслѣдованія, располагающаго цѣлымъ арсеналомъ методологическихъ предпосылокъ. Стоитъ только задать испытующій вопросъ: *что такое* общественное явленіе, общественная реальность, въ чемъ его существо и каковы его отличительные признаки, какъ со всѣхъ сторонъ тѣснятся самые разнообразные и, порою, противорѣчивые отвѣты, разобраться въ которыхъ, отдать предпочтеніе однимъ передъ другими весьма нелегко и возможно лишь при условіи критической провѣрки не только отвѣтовъ, но и самыхъ вопросовъ, лишь при полномъ и ясномъ отчетѣ, какой постановкѣ вопроса соотвѣтствуетъ тотъ и или иной отвѣтъ. Такимъ образомъ, наименованіе «общественное явленіе» есть не болѣе, какъ сокращенное обозначеніе мѣста рожденія цѣлаго ряда вопросовъ, проблемъ.

Всякое общественное явленіе, повидимому, есть нѣкоторое *отношеніе*, т. е. взаимодѣйствіе двухъ или многихъ сознательныхъ одушевленныхъ существъ. Такъ, по мнѣнію Г. Зиммеля, общество существуетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ вступаютъ во *взаимодѣйствіе* нѣсколько индивидовъ [1]). Мысль Г. Зиммеля такова: общество въ точномъ значеніи слова не есть органическое единство, особенность котораго заключается въ томъ, что цѣлое —не простое производное соединенія частей, не сумма своихъ слагаемыхъ, но нѣчто независимое и опредѣляющее составныя части, которыя имѣютъ значеніе производныхъ по отношенію къ цѣлому; общество, напротивъ, есть такое соединеніе индивидовъ, въ которомъ *единство цѣлаго есть слѣдствіе взаимодѣйствія частей*. Согласно данному опредѣленію Зиммеля, единство цѣлаго въ обществѣ есть нѣчто производное по сравненію съ взаимоотношеніемъ, взаимодѣйствіемъ элементовъ, входящихъ въ составъ общественной группы. Другой нѣмецкій мыслитель, Рудольфъ Штаммлеръ проводитъ методическое различіе между матеріей и формою общественной жизни; къ формѣ общественной жизни онъ относитъ объединяющее начало общества, внѣшнюю регулировку отношеній, т. е. право; подъ матеріею соціальной жизни онъ разумѣетъ *многообразіе* содержанія общественныхъ отношеній и даетъ этому понятію такое опредѣленіе: *совмѣстная дѣятельность* связанныхъ въ общество людей, направлен-

[1]) G. Simmel. Die soziale Differenzierung. Leipzig. 1902. S. 13—14. Русск. перев. Н. Н. Вокачъ и И. А. Ильина подъ ред. и съ предисл. Б. А. Кистяковскаго. Москва, 1909, стр. 19. См. также G. Simmel. Soziologie. Leipzig. 1908. S. 1—46.

Digitized by Google

пая на удовлетвореніе потребностей [1]). П. Наторпъ въ своей «Соціальной педагогикѣ» подвергаетъ критикѣ приведенное опредѣленіе Штаммлера и находитъ возможнымъ удалить изъ этого опредѣленія все за исключеніемъ терминовъ: совмѣстная дѣятельность (Zusammenwirken). [2]) Еще ранѣе Ог. Контъ видѣлъ существо общественности въ такъ-называемомъ имъ консенсусѣ, т. е. согласіи, гармоніи элементовъ, а современные послѣдователи Конта во Франціи существо общества усматриваютъ въ т.-наз. солидарности (solidarité), и сводятъ ее къ двумъ основнымъ, далѣе неразложимымъ видамъ: механической и органической (Дюркгеймъ), или солидарности по сходству и солидарности чрезъ раздѣленіе труда (Дюги). Подъ общественной солидарностью разумѣется, повидимому, вообще соціальная связь или соціальная природа (sociabilité) людей, сознаваемая какъ зависимость индивида отъ человѣческой среды въ противоположность сознанію человѣкомъ своей индивидуальной обособленности [3]). Различіе же двухъ видовъ солидарности возникаетъ оттого, что у людей, съ одной стороны, есть общія нужды, удовлетворять которыя они могутъ лишь общею жизнью, и во-вторыхъ оттого, что у нихъ есть различныя нужды и различныя индивидуальныя способности и что они обезпечиваютъ удовлетвореніе своихъ различныхъ нуждъ и потребностей путемъ обмѣна взаимныхъ услугъ, создаваемыхъ развитіемъ и примѣненіемъ ихъ различныхъ способностей.

Нетрудно убѣдиться изъ предшествующаго, что своеобразіе общественнаго явленія, реальнаго общественнаго факта сводится къ тому, что Наторпъ, вслѣдъ за Штаммлеромъ, называетъ совмѣстной дѣятельностью (Zusammenwirken), а Зиммель—взаимодѣйствіемъ (Wechselwirkung) людей. Легко убѣдиться также въ томъ, что оба вида солидарности, какъ по сходству, такъ и черезъ раздѣленіе труда, представляющіе лишь дальнѣйшія разновидности того, что Дюги называетъ соціальной связью и соціальной природой (sociabilité), есть именно виды и формы совмѣстной дѣятельности

[1]) Р. Штаммлеръ. Сущность и задачи права и правовѣдѣнія. Перев. В. А. Краснокутскаго. М. 1908. Стр. 54 и 57.

[2]) Соціальная педагогика. Русск. перев. съ 3 нѣм. изданія. СПБ. 1911. Стр. 139—140.

[3]) Леонъ Дюги. Конституціонное право. Русск. перев. М. 1908. Стр. 13. Мысль о томъ, что общественность слагается изъ двоякаго рода элементовъ: общественной связи въ тѣсномъ смыслѣ и индивидуальной обособленности, развиваетъ Г. Зиммель въ первомъ очеркѣ своей «Соціологіи». G. Simmel. Soziologie. Leipz. 1908. Ss. 1—46.

Digitized by Google

или взаимодѣйствія людей между собою. Изъ двухъ терминовъ, предложенныхъ Зиммелемъ и Штаммлеромъ-Наторпомъ, по нашему мнѣнію, заслуживаетъ предпочтенія терминъ взаимодѣйствіе (Wechselwirkung), принадлежащій Зиммелю; этотъ терминъ съ полной отчетливостью подчеркиваетъ существенные элементы общественнаго явленія: съ одной стороны—элементъ дѣйствія, акта съ другой стороны—элементъ взаимности. Реальное общественное явленіе не можетъ быть чисто внутреннимъ, душевнымъ актомъ, переживаніемъ; ибо переживаніе имѣетъ исключительно индивидуальную реальность, актуальную только для переживающаго его субъекта. Съ другой стороны, дѣйствіе, само по себѣ недостаточно: необходима взаимная связь, взаимное дѣйствіе, взаимодѣйствіе, по крайней мѣрѣ, двухъ индивидовъ.

2.

Итакъ, общественное явленіе существуетъ всюду тамъ, гдѣ наблюдается взаимодѣйствіе одушевленныхъ, сознательныхъ существъ. Однако, это есть лишь весьма неопредѣленное и крайне общее описаніе и обозначеніе нѣкотораго искомаго явленія. Какъ только мы поставимъ дальнѣйшій вопросъ: что же такое есть это самое взаимодѣйствіе людей, какъ тотчасъ же убѣдимся, что на этотъ вопросъ могутъ послѣдовать весьма различные отвѣты въ зависимости отъ того, съ какой точки зрѣнія мы будемъ подходить къ разбираемому предмету, т. е., другими словами: въ зависимости отъ того, въ какомъ смыслѣ мы будемъ задавать самый вопросъ. Такъ, всякое взаимодѣйствіе живыхъ существъ есть прежде всего нѣкоторое обоюдное дѣйствіе или состояніе, въ опредѣленномъ мѣстѣ и въ опредѣленное время. Такое дѣйствіе или состояніе характеризуется тѣми или иными измѣненіями во внѣшней средѣ, какъ, напр., тѣлодвиженіями, произнесеніемъ словъ и тому под. Такого рода дѣйствія съ точки зрѣнія физики представляютъ не что иное, какъ движенія, т. е. извѣстнаго рода измѣненія, перемѣщенія предметовъ въ пространствѣ, затрату того или иного, можетъ быть съ трудомъ поддающагося исчисленію, количества энергіи. Съ точки зрѣнія физіологіи такія дѣйствія представляютъ реакціи организма, разлагающіяся на физико химическіе ряды явленій (химическіе процессы въ нервной ткани, нервные токи, разряды мускульной энергіи).

Необходимо здѣсь же отмѣтить, однако, что съ точки зрѣнія физики и химіи, а слѣдовательно и физіологіи, разлагающей орга-

Digitized by Google

ническія явленія на физическіе и химическіе процессы, явленія общественнаго взаимодѣйствія не представляютъ, какъ таковые, никакого качественнаго своеобразія.

Поступки людей, ихъ тѣлодвиженія, напр., жесты, слова, восклицанія, или ихъ состоянія, физіологическія проявленія тѣхъ или иныхъ аффектовъ и эмоцій, напр., появленіе краски на лицѣ, дрожь, наконецъ, задержаніе позывовъ къ тѣмъ или инымъ поступкамъ, въ виду тѣхъ или иныхъ воздѣйствій со стороны общественной среды, извнѣ, съ точки зрѣнія физіологіи ничѣмъ не отличаются отъ подобныхъ же проявленій, вызываемыхъ не воздѣйствіями общественной среды, но окружающей природы. Камень, упавшій съ крыши вслѣдствіе дѣйствія слѣпыхъ силъ разрушенія, и камень, брошенный искусною рукой въ наступающаго врага, движутся въ обоихъ случаяхъ по тѣмъ же непреложнымъ законамъ физики (механики). Физіологическіе процессы въ нервной и мускульной системѣ (реакціи), происходятъ неизмѣнно по тѣмъ же законамъ физики и химіи какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они обусловлены воздѣйствіями окружающей природы, такъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда они вызваны воздѣйствіями общественной среды (напр., отраженіе нападенія звѣря или человѣка). И біологія, равнымъ образомъ, безсильна вскрыть своеобразіе явленій общественнаго взаимодѣйствія. Законы родовой жизни группы организмовъ, сохраненіе и усовершенствованіе вида путемъ естественнаго отбора и выживанія наиболѣе приспособленныхъ къ окружающей средѣ особей не содержатъ отвѣта на вопросъ, что есть общественное взаимодѣйствіе, какова его природа и отличительные признаки. Наоборотъ, въ человѣческой общественной средѣ явленія естественнаго отбора и приспособленія получаютъ значительное осложненіе по сравненію съ тѣми же явленіями въ естественной животной средѣ. Это осложненіе обусловливается именно наличностью того, что было названо общественнымъ взаимодѣйствіемъ.

Однако, особое направленіе въ соціологіи, носящее наименованіе «органическаго» (Спенсеръ, Шеффле, Вормсъ и другіе), произвело опытъ примѣненія выводовъ, добытыхъ изученіемъ жизни организмовъ, къ явленіямъ общественности или, по терминологіи этого ученія, къ области явленій «надорганическихъ». Названное направленіе пыталось разсматривать общество и общественную жизнь, какъ нѣкоторое осложненіе органической жизни, какъ организмъ и его отправленія. Но въ настоящее время едва ли можетъ быть сомнѣніе относительно научной цѣнности нѣкоторыхъ пріемовъ и выводовъ столь многообѣщавшаго научнаго начинанія. Перенесеніе понятій и положеній, добытыхъ въ области изслѣдо-

Digitized by Google

ванія органической жизни, въ область жизни общественной, «надорганической» на дѣлѣ оказалось проведеніемъ лишь весьма отдаленныхъ аналогій между свойствами и функціями организмовъ и общества. Такія аналогіи открыли возможность весьма произвольныхъ и шаткихъ сближеній между явленіями органической и общественной жизни; едва ли въ какой-либо иной области знанія возможно встрѣтить столь рѣзкія разногласія, какія встрѣчаются въ сужденіяхъ представителей «органической» соціологіи по вопросу о сравненіи различныхъ составныхъ частей, свойствъ и функцій организма и общества.

Наконецъ, сами наиболѣе выдающіеся представители этого направленія, Спенсеръ и Шеффле, были вынуждены признать, что сближеніе общества съ организмомъ есть не болѣе, какъ простая аналогія, и ни о какой самостоятельной «надорганической» реальности общества не можетъ быть рѣчи. Ими же были указаны и черты различія между организмомъ и обществомъ; такъ, организмъ представляетъ конкретное временно-пространственное единство, общество—разрознено, въ пространствѣ и во времени, дискретно, индивидуальное сознаніе нормально едино и сосредоточено, общественное сознаніе разсѣяно въ сознаніи же составляющихъ его индивидовъ, организмъ имѣетъ единый нервный аппаратъ съ центральнымъ органомъ, мозгомъ, въ обществѣ отсутствуетъ подобное чувствилище и т. под.

Такимъ образомъ, по самому существу своему методъ біологическихъ аналогій въ примѣненіи къ обществу могъ лишь отмѣтить и указать нѣкоторыя отдаленныя черты сходства между явленіями органической и общественной жизни; что же касается своеобразныхъ особенностей явленій общественнаго взаимодѣйствія, то біологическія аналогіи оказались безсильными овладѣть именно этими особенностями; для этой цѣли необходимы иные методы, иные пріемы и понятія. Для біологіи же общество и его жизнь неизбѣжно остаются чѣмъ-то въ значительной мѣрѣ непроницаемымъ, загадочнымъ.

И тѣмъ не менѣе здѣсь же необходимо отмѣтить, что взглядъ на общество и общественныя образованія, какъ на организмъ, есть какъ бы извѣчный, неумирающій мотивъ въ человѣческомъ сознаніи. Отъ Платона до Блюнчли и Гирке, отъ Менснія Агриппы до Спенсера и Шеффле сравненіе общества съ особымъ организмомъ проходитъ красной нитью черезъ всю исторію ученій объ обществѣ и государствѣ. Поистинѣ заслуживаетъ самаго серьезнаго вниманія то обстоятельство, что, несмотря ни на какія убійственныя возраженія противниковъ, сторонники «органическаго» ученія не перево-

Digitized by Google

дятся и органическія ученія объ обществѣ возрождаются отъ времени до времени съ закономѣрной неизбѣжностью въ отпоръ противоположнымъ «механическимъ» ученіямъ о томъ же предметѣ [1]).

Ошибку т. наз. «органической» соціологіи второй половины XIX в. составляетъ не основная мысль: сравненіе общества в о о б щ е съ организмомъ такъ же старо, какъ ученіе о государствѣ и имѣетъ нѣкоторое положительное основаніе,—а совершенно ошибочное и недопустимое, какъ научно-методологическій пріемъ, проведеніе полной а н а л о г і и между обществомъ и организмомъ въ подробностяхъ. Изъ того обстоятельства, что общество въ цѣломъ допускаетъ въ извѣстномъ смыслѣ сближеніе съ организмомъ отнюдь еще не слѣдуетъ, что понятія біологіи непосредственно приложимы къ явленіямъ общественной жизни [2]).

3.

Упоминаемыя до сихъ поръ отрасли знанія: физика, химія, физіологія, біологія, какъ должно было показать предшествующее, могли имѣть въ виду, такъ сказ., лишь чисто в н ѣ ш н ю ю сторону общественнаго взаимоотношенія. Эта внѣшняя сторона есть о б ъ е к т и в н ы й процессъ, дѣйствіе, состояніе или же совокупность таковыхъ, и представляетъ собою не что иное, какъ рядъ или ряды измѣненій во внѣшней, объективной средѣ (движеніе, трата энергіи). Но, по самому существу, какъ это ясно само по себѣ и для обыденнаго сознанія, общественное взаимодѣйствіе не исчерпывается одной только внѣшней, объективной стороною; мало того, выше была сдѣлана попытка показать, что науки, вѣдающія одну лишь внѣшне-объективную сторону этого явленія (физика, химія, физіологія, біологія), какъ разъ не охватываютъ именно того, что

[1]) Различіе механическихъ и органическихъ общественныхъ образованій составляетъ предметъ книги F. Tönnies. Gemeinschaft und Gesellschaft. 2 Aufl. Berlin. 1912.

[2]) Вопросъ о методѣ и научной цѣнности органической соціологіи имѣетъ обширную литературу. См. К о р к у н о в ъ. Лекціи по общей теоріи права. 1909. стр. 190—202. К о к о ш к и н ъ. Лекціи по общему государственному праву. Изд. 2, 1912. Стр. 30—36. П. Б а р т ъ. Философія исторіи, какъ соціологія. I e l l i n e k. Allgemeine Staatslehre. 2 Aufl. 1905. Стр. 142—151. Van Krieken. Ueber die sogenannte organische Staatstheorie. 1872. Lingg. Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre. 1890. K i s t i a k o w s k y. Gesellschaft und Einzelwesen. 1899. Стр. 19 и сл. B l u n t s c h l i. Allgemeine Staatslehre. 1875. Стр. 18—25. Спенсеръ. Основанія соціологіи. Т. II. Ч. II. S c h a e f f l e. Bau und Leben des sozialen K ö r p e r s. 2 Aufl. I—II. 1896. W o r m s. Organisme et société. G i e r k e. Das Wesen der menschlichen Verbände. 1902. P r e u s s. Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. 1889.

Digitized by Google

отличаетъ явленія общественнаго взаимодѣйствія, составляетъ ихъ существенное своеобразіе.

Въ противоположность внѣшней сторонѣ общественнаго взаимодѣйствія, которая заключается въ измѣненіи объективной естественной среды, общественное взаимодѣйствіе, именно въ качествѣ дѣйствія, поступка или совокупности таковыхъ, согласно обычному пониманію, должно необходимо имѣть внутреннюю, субъективную сторону, благодаря которой извѣстное тѣлодвиженіе есть именно дѣйствіе, т. е. выраженіе во внѣшней средѣ того или иного душевнаго состоянія, переживанія. Душевныя же состоянія, переживанія составляютъ предметъ особой отрасли знанія, получившей особенно широкое развитіе въ новѣйшее время, психологіи. Оперируя самонаблюденіемъ, психологія изслѣдуетъ непосредственныя душевныя переживанія, состоянія сознанія и стремится разложить эти переживанія на составные, далѣе неразложимые элементы. Душевныя состоянія, переживанія имѣютъ непосредственную индивидуальную реальность, они существуютъ въ дѣйствительности лишь въ субъектѣ, переживающемъ эти самыя душевныя состоянія. Напротивъ, элементы переживанія (ощущеніе, чувство, волевое стремленіе) не обладаютъ реальностью непосредственно наблюдаемаго состоянія, переживанія: какъ результатъ анализа, разложенія данныхъ переживаній, элементы психической жизни представляютъ научное отвлеченіе, абстракцію и въ чистомъ своемъ видѣ никогда не переживаются.

Предметъ и задачу современной психологіи составляетъ, согласно часто повторяемому утвержденію, изученіе не многообразнаго содержанія состава переживаній, но ихъ возникновенія, становленія, генезиса. Это означаетъ, что предметъ и содержаніе переживаній, напримѣръ, воспріятій, стремленій (эмоцій), какъ нѣчто безгранично многообразное, не есть предметъ научной психологіи. Предметъ научной психологіи составляетъ самоанализъ и объясненіе состояній сознанія, какъ актовъ, разложеніе живыхъ, конкретныхъ переживаній, душевныхъ процессовъ на далѣе неразложимые элементы и, обратно, соединеніе этихъ элементовъ въ различныя сочетанія, наконецъ, объясненіе возникновенія и послѣдовательной смѣны переживаній, т. е. установленіе связи между ними и порядка ихъ послѣдовательности (ассоціаціи). Такъ, напримѣръ, воспріятіе какого либо внѣшняго предмета, напр., яркаго краснаго костюма, любопытно для психолога не по своему предмету (костюмъ) и даннымъ содержанія воспріятія (красное пятно опредѣленнаго объема и формы), но, т. сказать,

Digitized by Google

формально, какъ воспріятіе, т. е. какъ извѣстный актъ или процессъ психологическаго переживанія, разложимый на элементы зрительнаго ощущенія (цвѣта, свѣта и тѣни), стремленій (эмоціи притяженія или отвращенія по отношенію къ предмету воспріятія), активности и сосредоточенія вниманія, наконецъ, чувства (удовольствія или страданія при видѣ ярко-краснаго пятна). Допустимъ, что предметомъ нашего воспріятія оказывается не ярко-красный костюмъ, но тускло освѣщенный предметъ, напримѣръ, кустъ сирени въ полумракѣ сумерекъ. И здѣсь психолога интересуетъ не предметъ воспріятія, но тѣ же элементы процесса сознаванія и ихъ формальныя свойства, т. е. ихъ соединеніе, сочетаніе, порядокъ связи самыхъ переживаній, наконецъ, интенсивность, степень силы, напряженія и отчетливости состояній сознанія. Различіе акта и содержанія душевныхъ переживаній съ различными оттѣнками и подъ различными наименованіями проводится цѣлымъ рядомъ выдающихся мыслителей, какъ, напр., Брентано, Липпсъ, Пфендеръ, Штумпфъ, Гуссерль.

Въ современной соціальной наукѣ нѣтъ недостатка въ попыткахъ произвести психологическій анализъ субъективной стороны явленій общественнаго взаимодѣйствія. Такъ, всякое общественное дѣйствіе или состояніе, согласно обычному пониманію, есть волеизъявленіе, обнаруженіе во внѣ нѣкотораго душевнаго состоянія, переживанія, которое, такимъ образомъ, является какъ бы причиною, обусловливающею внѣшнее проявленіе, или мотивомъ человѣческаго поведенія. Изученіе обусловливающей, мотиваціонной природы переживанія по отношенію къ внѣшней сторонѣ, проявленію или выраженію душевнаго состоянія и составляетъ предметъ и задачу психологическаго анализа въ данномъ вопросѣ. По поводу сказаннаго, однако, необходимо сдѣлать нѣкоторыя замѣчанія. Такъ, во-первыхъ, отношеніе и связь между объективною стороною дѣйствія, поступка—внѣшнимъ движеніемъ или состояніемъ—и соотвѣтствующимъ переживаніемъ составляетъ неразрѣшенную и, по всей вѣроятности, неразрѣшимую загадку, съ точки зрѣнія какъ объективнаго естествознанія, т. е. физики, химіи, біологіи, такъ психологіи, этой естественной науки о душевныхъ явленіяхъ. Во всякомъ случаѣ, связывать извѣстное переживаніе и тѣлодвиженіе, какъ причину и слѣдствіе, невозможно, въ виду коренной неоднородности психическихъ и физическихъ (физіологическихъ) явленій. Душевныя и тѣлесныя явленія невозможно разсматривать, какъ проявленія одной и той же сущности или силы, субстанціи или энергіи. Необходимая причинная связь можетъ

Digitized by Google

быть установлена лишь между явленіями одного только порядка, физическаго или психическаго. Поэтому возможно признавать причинную обусловленность между переживаніями—съ одной стороны и измѣненіями внѣшней среды (движеніями)—съ другой; но обусловливать ряды физическіе психическими, движенія при помощи переживаній и обратно—противорѣчитъ коренному различію душевныхъ и тѣлесныхъ явленій. Наконецъ, причинная зависимость имѣетъ подлинное и точное примѣненіе въ области физическихъ явленій, которыя, въ конечномъ счетѣ, сводятся къ закономѣрности движенія, т. е. механической, которая, въ свою очередь, сводится къ математической или функціональной зависимости. Наоборотъ, связь душевныхъ явленій можетъ быть установлена чисто опытнымъ путемъ, самонаблюденіемъ, лишена точности, строгой всеобщности и безусловной необходимости. Кромѣ того, какъ указывалось выше, психологическій анализъ переживанія безразличенъ къ предмету переживанія. Это означаетъ, что въ элементахъ психическаго акта или процесса переживанія, какъ таковыхъ, каковы ощущенія, воля, чувства, не содержится чего-либо такого, что качественно отличало бы переживаніе общественнаго взаимодѣйствія отъ другихъ, чисто индивидуальныхъ по содержанію и предмету, переживаній.

Наконецъ, выше уже было отмѣчено, что душевныя явленія имѣютъ реальность исключительно индивидуальную, т. е. они существуютъ непосредственно лишь для тѣхъ индивидовъ, въ сознаніи которыхъ они переживаются. Поэтому всякое общественное явленіе, поскольку оно составляетъ предметъ чьего-либо представленія, имѣетъ реальность чисто индивидуальную, т. е. существуетъ въ дѣйствительности лишь для того субъекта, который переживаетъ данное представленіе. Поэтому, дабы найти реальность общественную, необходимо выйти изъ тѣсныхъ предѣловъ индивидуальнаго сознанія и попытаться найти такую область и точку зрѣнія, для которой открывалась бы объективная общественная реальность, т. е. существующая не для индивидуальнаго сознанія только, но для сознанія многихъ или всѣхъ.

## 4.

Выше было показано, что внѣшняя сторона дѣйствія, именно, видоизмѣненіе внѣшней естественной среды всецѣло подлежитъ вѣдѣнію объективныхъ естественныхъ наукъ, физики, физіологіи, біологіи, внутренняя субъективная сторона дѣйствія—душевное

Digitized by Google

состояніе, переживаніе подлежитъ изученію психологіи. Однако, ни объективныя естественныя науки, ни психологія не имѣютъ средствъ постичь своеобразную особенность общественнаго отношенія, какъ взаимодѣйствія. Объективныя науки возводятъ внѣшнюю сторону дѣйствія къ элементамъ физическимъ и химическимъ, ихъ сочетаніямъ, рядамъ этихъ явленій, наконецъ, увѣнчаніе объективнаго познанія природы составляетъ установленіе связи, взаимодѣйствія рядовъ явленій между собою (физика, химія, физіологія, отрасли, на которыя распадаются перечисленныя науки и тѣ дисциплины, которыя изучаютъ взаимоотношенія разнородныхъ рядовъ явленій). Психологія разлагаетъ внутреннюю сторону дѣйствій на элементы индивидуальнаго сознанія, изучаетъ сочетанія этихъ элементовъ и связь между переживаніями. Но какъ тотъ, такъ и другой видъ анализа уже предполагаетъ самое своеобразное явленіе, отношеніе общественнаго взаимодѣйствія, какъ таковое. Своеобразная особенность этого взаимодѣйствія такова, что ни элементы объективнаго либо психологическаго анализа, ни комбинаціи этихъ элементовъ не выражаютъ своеобразной особенности названныхъ взаимоотношеній.

Однако, прежде, нежели попытаться подойти къ окончательному обсужденію вопроса о томъ, что такое общественное взаимодѣйствіе, необходимо предварительно разсмотрѣть еще одну возможную точку зрѣнія. Согласно обычному пониманію всякое дѣйствіе есть нѣкоторое цѣлесообразное движеніе или состояніе. Иными словами, къ категоріи дѣйствій мы относимъ только тѣ движенія и состоянія, которыя имѣютъ то или иное цѣлевое значеніе, цѣлесообразны. Подъ цѣлью мы разумѣемъ какой-либо предметъ или состояніе, которые мыслятся, какъ подлежащіе осуществленію. Всѣ измѣненія въ естественной средѣ, необходимыя для того, чтобы наступило то состояніе, которое составляетъ цѣль, суть средства. Отношеніе между предметомъ или состояніемъ, полагаемымъ какъ цѣль, и средствами есть отношеніе цѣлесообразности.

Нетрудно убѣдиться въ томъ, что для осуществленія цѣли необходимо, чтобы средства находились къ предмету цѣли въ отношеніи причинности: средства—причины, цѣль—результатъ или слѣдствіе. Въ отношеніи цѣлесообразности мы находимъ, слѣдовательно, опять-таки причинную связь, которая, въ свою очередь, можетъ быть либо физической, либо психологической [1]). Такимъ образомъ,

---

[1]) О тѣсномъ взаимоотношеніи понятій причинности и цѣлесообразности,

Digitized by Google

цѣлесообразность не придаетъ отношенію ничего новаго по сравненію съ причинной связью, ибо цѣлесообразность есть ни что иное, какъ обращеніе причинной зависимости; это есть какъ бы иное, обратное разсмотрѣніе причиннаго отношенія: результатъ, слѣдствіе разсматривается какъ логически первенствующее, какъ цѣль, причины разсматриваются какъ нѣчто логически вторичное, какъ средства осуществленія цѣли. По существу отношеніе то же самое, только порядокъ разсмотрѣнія, сочетанія и связи членовъ отношенія обратный. Существо дѣла не измѣнится, если цѣль и цѣлевую связь понимать въ нѣсколько иномъ, осложненномъ видѣ. Такъ, цѣлью можетъ быть не только членъ простого причиннаго ряда и отношеніе цѣлесообразности можетъ быть не только обратный порядокъ разсмотрѣнія простой причинной зависимости, но полагаться цѣлью можетъ нѣчто сложное, представляющее сочетаніе цѣлой совокупности рядовъ, точка перекрещиванія пучка причинныхъ рядовъ, находящихся въ отношеніи взаимности между собою. Сложность сплетенія такихъ рядовъ можетъ быть весьма значительна, напримѣръ, въ каждомъ конкретномъ предметѣ, каковы зданіе или сложный механизмъ, машина; сложность эта можетъ даже превосходить силы ограниченнаго человѣческаго разумѣнія, напр., сплетеніе физико-химическихъ рядовъ въ организмѣ. Въ такихъ предметахъ цѣль есть найденное или же только искомое правило сочетанія, сплетенія причинныхъ рядовъ и взаимодѣйствія между ними. Наивысшая конкретность (органическая жизнь) есть безконечная сложность и потому проблема, заданіе для опытнаго познанія. Какъ проблема, заданіе для познанія и притомъ заданіе безконечное, неосуществимое ни въ какомъ конечномъ, ограниченномъ сознаніи, органическая связь есть тоже ц ѣ л ь, з а д а ч а. Итакъ, послѣдовательный анализъ привелъ насъ къ различенію трехъ видовыхъ понятій цѣли: цѣль, какъ простое обращеніе причинной зависимости (цѣль, какъ правило конкретной связи разнородныхъ естественныхъ рядовъ, цѣль въ тѣсномъ смыслѣ технической задачи) и, наконецъ, какъ чисто познавательное правило,

---

причинной и цѣлевой точекъ зрѣнія имѣются весьма содержательныя разъясненія въ книгѣ H. K e l s e n. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen. 1911. Кар. III. S. 57—72. Этотъ авторъ основывается на ученіи Зигварта о цѣлесообразности, какъ обращеніи причинной связи, и съ этой точки зрѣнія критикуетъ ученіе Р. Штаммлера о правѣ. Какъ извѣстно, Штаммлеръ пытается развить у ч е н і е о ц ѣ л я х ъ, т е л е о л о г і ю, какъ нѣчто отличное и противоположное естествознанію, которое основано на законѣ причинности. Такой противоположности нѣтъ, разъ цѣлесообразность есть обращенная причинность.

Digitized by Google

пріемъ постановки проблемъ, заданій и путеводитель для отысканія причинныхъ рядовъ—органическая цѣлесообразность.

Все предшествующее изложеніе имѣло цѣлью показать, что разсмотрѣніе дѣйствія, какъ съ точки зрѣнія причинной связи въ ея возможныхъ разновидностяхъ—физической и психической, такъ и съ точки зрѣнія цѣлесообразности и ея разновидностей одинаково недостаточно, поскольку рѣчь идетъ о соціальномъ отношеніи, какъ своеобразномъ в з а и м о д ѣ й с т в і и.

Для того, чтобы дѣйствіе, какъ причинное или цѣлевое отношеніе, получило характеръ и свойство общественнаго отношенія, взаимодѣйствія, повидимому, необходимо, чтобы въ составѣ самаго дѣйствія заключалось признаніе чужого я, ч у ж о й о д у ш е в л е н н о с т и. Иной вопросъ, каковы основанія и условія признанія чужого одушевленія: это составляетъ весьма сложную самостоятельную философскую проблему [1]). Однако, здѣсь насъ интересуетъ другой, не менѣе важный, вопросъ, именно: при какихъ объективныхъ условіяхъ дѣйствіе пріобрѣтаетъ общественный характеръ, свойство с о ц і а л ь н а г о взаимодѣйствія. Признаніе чужой одушевленности можетъ быть выражено весьма различными способами: словами, тѣлодвиженіями (жестами), иными знаками, напр., письменными. Однако, признаніе чужой одушевленности само по себѣ, по нашему мнѣнію, не сообщаетъ еще дѣйствію качества общественности. Вѣдь одушевленность вообще, въ частности одушевленность низшаго порядка, элементарная эмоціональная и импульсивная жизнь свойственна не только людямъ, но и животнымъ, можетъ быть признаваема за ними, и тѣмъ не менѣе наше отношеніе къ животнымъ можетъ не отличаться по существу отъ нашего отношенія къ внѣшней природѣ вообще и къ мертвой природѣ въ частности. Такъ, напримѣръ, охотникъ, идущій съ оружіемъ въ рукахъ на медвѣдя или другое животное, вынужденъ признавать одушевленность звѣря. Это признаніе находитъ свое выраженіе въ необходимости для охотника считаться не только съ силою, съ физической ловкостью и подвижностью животнаго, но и съ его психическими свойствами: умомъ, хитростью, злобностью. Однако, изъ того обстоятельства, что я опасаюсь въ данномъ представителѣ животнаго царства упомянутыхъ психическихъ свойствъ его и, слѣдовательно, тѣмъ самымъ признаю въ извѣстной мѣрѣ его одушевленность, не только въ глубинѣ моего сознанія, но также и на дѣлѣ, отнюдь еще не сви-

[1]) А. И. Введенскій. О предѣлахъ и признакахъ одушевленія. СПБ. 1892. И. И. Лапшинъ. Проблема «чужого Я» въ новѣйшей философіи. СПБ. 1910.



Digitized by Google

дѣтельствуетъ о моемъ общественномъ отношеніи къ предмету моихъ охотничьихъ упражненій, я этимъ отнюдь еще не даю свидѣтельства того, что ставлю себя и звѣря въ то особое отношеніе, которое можно было бы назвать общественнымъ взаимодѣйствіемъ. Не измѣняетъ положенія дѣла по существу также и наличность во мнѣ чувствъ жалости и сострадания къ преслѣдуемому или затравленному животному. При всѣхъ перечисленныхъ условіяхъ оно не перестаетъ для меня быть лишь природою, частью окружающей меня естественной среды. Правда, эта часть естественной среды выдѣляется для меня, какъ ощущающая, чувствующая, словомъ жи в а я п р и р о д а, и сознаніе этого заставляетъ меня не только держаться на сторожѣ по отношенію къ ней, но, быть можетъ, въ извѣстной мѣрѣ сочувствовать и сострадать невинной жертвѣ моей охотничьей страсти, стремиться избѣгнуть причиненія ей излишнихъ страданій. Однако, все это еще недостаточно для того, чтобы мои поступки въ отношеніи звѣря имѣли соціальный характеръ: онъ остается для меня, такъ сказать, одушевленнымъ автоматомъ (automaton spirituale), по отношенію къ которому я нахожусь не въ общественномъ, но т. сказ., въ «естественномъ» состояніи.

Чтобы убѣдиться въ справедливости этого утвержденія, достаточно сравнить мое отношеніе охотника къ преслѣдуемому звѣрю, напр., медвѣдю, съ отношеніемъ къ нему тѣхъ суевѣрныхъ людей, которые въ немъ видятъ не просто умное животное, но нѣкоторую рода сверхъестественное существо. Такого рода суевѣрное отношеніе къ животнымъ весьма нерѣдко встрѣчается у дикарей и профессіональныхъ охотниковъ, не только изъ среды простого народа, но даже у лицъ, не лишенныхъ нѣкоторой интеллигентности. Звѣрь нерѣдко вселяетъ въ нихъ суевѣрный страхъ, свое у в а ж е н і е къ грозному противнику они выражаютъ такъ или иначе словами и дѣйствіями, направленными къ умилостивленію его духа до или послѣ совершенія убійства. Ч у в с т в о у в а ж е н і я, выражаемое словомъ или поступкомъ, свидѣтельствуетъ о чемъ-то совершенно особомъ: о томъ, что человѣкъ ставитъ звѣря наравнѣ съ собою, считаетъ его способнымъ уразумѣть, понять его обращеніе и с о о б р а з о в а т ь с в о е п о в е д е н і е съ в ы р а ж е н н ы м ъ в ъ э т о м ъ обращеніи пожеланіемъ. Это п р о т и в о п о с т а в л е н і е себѣ звѣря, п р и р а в н е н і е его себѣ въ извѣстномъ смыслѣ, а нерѣдко—и поставленіе его выше себя, какъ существа сверхъестественное и могущественное, есть именно установленіе взаимоотношенія, взаимодѣйствія. Ибо тутъ, повидимому, налицо необходимые элементы такого взаимоотношенія: два (по крайней мѣрѣ) с у б ъ е к т а отношенія и с в я з ь между ними, при чемъ эта

Digitized by Google

связь взаимна, ибо предполагаетъ съ обѣихъ сторонъ пониманіе другъ друга и соотвѣтствующія дѣйствія (умилостивленіе—съ одной стороны, помилованіе—съ другой стороны). Нужды нѣтъ, что въ приведенномъ примѣрѣ все взаимоотношеніе происходитъ въ сознаніи и дѣйствіяхъ одной только стороны—охотника или охотниковъ, вслѣдствіе суевѣрнаго ихъ отношенія къ своей жертвѣ: поэтому такое взаимоотношеніе реально лишь для одной стороны; участіе другой стороны въ этомъ отношеніи происходитъ лишь въ воображеніи охотниковъ. Однако, всѣ элементы реальнаго общественнаго отношенія здѣсь налицо и отрицать его соціальный характеръ нѣтъ основанія.

Во избѣжаніе возможныхъ недоразумѣній необходимо добавить, что, наоборотъ, отношеніе человѣка къ другому человѣку, т. е. къ особи вида homo sapiens, къ человѣкообразному можетъ быть совершенно лишено соціальнаго момента. Такъ, если другое человѣкообразное представляется мнѣ лишь одушевленной частью природы, лишь орудіемъ и средствомъ осуществленія моихъ цѣлей и удовлетворенія потребностей, то въ такомъ отношеніи между человѣкообразными нельзя найти признаковъ соціальнаго взаимодѣйствія. Примѣромъ такого отношенія могутъ служить случаи охоты на людей въ цѣляхъ людоѣдства или использованія ихъ рабочей силы наравнѣ съ вьючнымъ скотомъ.

5.

Для того, чтобы общественное отношеніе имѣло вполнѣ реальный характеръ, необходимо, какъ нерѣдко говорится, изъявленіе воли, ея выраженіе, при томъ такое волеизъявленіе, которое свидѣтельствовало бы о томъ, что самъ изъявляющій предполагаетъ въ томъ, къ кому онъ обращается, способность воспринять внѣшніе знаки, истолковать ихъ и понять, уразумѣть смыслъ, который съ ними связанъ, и, наконецъ, уразумѣвъ этотъ смыслъ, отвѣтить на него, сообразовать свои поступки съ воспринятымъ смысломъ. Такимъ наиболѣе чистымъ, несомнѣннымъ средствомъ общенія является языкъ, рѣчь. Эмоціональный языкъ животныхъ сводится къ крику, преимущественно выражаетъ ихъ индивидуальныя переживанія, чувства радости, печали, страха, гнѣва, удовлетворенія и т. п. Однако, животнымъ въ извѣстной мѣрѣ свойственно выраженіе общественныхъ чувствъ, наприм., пріязни или вражды по отношенію къ другому существу. Человѣческій языкъ на низшихъ стадіяхъ культуры весьма близокъ къ эмоціональному языку животныхъ; но въ развитомъ своемъ видѣ человѣческій языкъ есть



Digitized by Google

средство выраженія не только чувствъ, настроеній, эмоцій, но главнымъ образомъ м ы с л е й, с у ж д е н і й, п о н я т і й; понятіе же, мысли не есть нѣчто исключительно субъективное, но имѣютъ сверхъиндивидуальный с м ы с л ъ, з н а ч е н і е, не только для даннаго мыслящаго субъекта, но, поскольку онѣ дѣйствительно мысли (λόγοι), а не только чисто личныя представленія, мнѣнія (δόξαι Платона), они необходимо общезначимы для всѣхъ мыслящихъ сознаній. Связь слова съ мыслью, съ понятіемъ запечатлѣна въ древне-греческомъ языкѣ, который для обозначенія понятія и слова имѣетъ, какъ извѣстно, одно и то же названіе λόγος.

Языкъ со всѣхъ сторонъ есть явленіе общественной жизни: языкъ есть одновременно и произведеніе, и орудіе общенія. Всякое общеніе возможно лишь при условіи существованія какихъ-либо знаковъ, при помощи коихъ люди могутъ объясняться, с о о б щ а т ь другъ другу содержаніе своихъ внутреннихъ переживаній и мыслей. И обратно, языкъ, въ тѣсномъ смыслѣ слова, возникаетъ и образуется лишь въ общеніи и внѣ общенія не имѣетъ ни смысла, ни существованія, какъ вообще и человѣкъ мыслитъ и дѣйствительно существуетъ только въ обществѣ. Языкъ, какъ нельзя болѣе ясно, выражаетъ двустороннюю, индивидуально-соціальную природу общества. Языкъ необходимъ для индивида, ибо безъ него онъ лишенъ возможности общенія съ другими индивидами; онъ не менѣе необходимъ обществу, ибо помимо языка невозможно самое общеніе.

Самое пользованіе языкомъ со стороны индивида есть уже соціальный актъ; ибо въ самомъ пользованіи словомъ, какъ орудіемъ общенія, выражается признаніе въ комъ-либо другомъ способности в о с п р и н я т ь р ѣ ч ь и у р а з у м ѣ т ь е я с м ы с л ъ. Поэтому можно высказать общее положеніе, что языкъ есть несомнѣнный внѣшній признакъ общественнаго взаимоотношенія, и пользованіе рѣчью есть показатель общественной природы живого существа.

Но не только рѣчь, слово есть средство общенія; такое же значеніе можетъ имѣть вообще любой способъ и средство выраженія и сообщенія мыслей и чувствъ, любой внѣшній знакъ, любое дѣйствіе, всѣ т. наз. осмысленныя, конклюдентныя дѣйствія, т. е. такія дѣйствія, которыя имѣютъ значеніе внѣшнихъ знаковъ выраженія мыслей и чувствъ, каковы, кромѣ словъ, тѣлодвиженія, жесты, письменные знаки. Всѣ средства выраженія мыслей и чувствъ возможно раздѣлить на естественные и искусственные, условные, натуральные и конвенціональные. Первыя, это такія, смыслъ которыхъ понятенъ самъ собою, независимо отъ какого-

Digitized by Google

либо предварительнаго соглашенія, условія. Условные, конвенціональные знаки, это тѣ, которые предполагаютъ предварительное соглашеніе относительно ихъ значенія, смысла. Въ современныхъ культурныхъ обществахъ **непроизвольное народное творчество языка** въ значительной мѣрѣ замѣнено искусственнымъ словообразованіемъ; наряду съ народными говорами вырабатывается техническій, профессіональный, научный и литературный языкъ. Научное изученіе языка (сравнительное языкознаніе) и академическое наблюденіе за чистотой и правильностью рѣчи (напр., дѣятельность французской академіи) представляютъ высшее завершеніе сознательнаго, искусственнаго образованія и выработки языка.

Кромѣ языка, особенное значеніе въ качествѣ орудія общенія имѣютъ различныя **конвенціональныя формы и способы выраженія** отношеній между людьми, нравы, обычаи, правила приличія, моды. Таковы принятыя въ различныхъ общественныхъ группахъ формы взаимныхъ привѣтствій (обнаженіе головы при встрѣчѣ, рукопожатія), выраженіе почтенія (предоставленіе перваго мѣста старшимъ, поклоны, реверансы, колѣнопреклоненія у нѣкоторыхъ восточныхъ народовъ, цѣлованіе руки дамамъ и т. под.), различные обряды и церемоніи, получающіе особенно богатое развитіе въ религіозныхъ культахъ и при дворахъ коронованныхъ особъ (придворный этикетъ), правила различныхъ игръ и развлеченій (танцевъ), внѣшніе знаки отличія, ордена, ленты и проч., правила ношенія одежды, прически, обстановка, способы передвиженія (форма одежды, парики, букли, бритье усовъ и бороды, право ѣздить въ каретѣ четверкой, цугомъ), имѣющіе цѣлью создать внѣшнія отличія по состояніямъ, сословіямъ, общественному и служебному положенію и т. п.

Всѣ эти внѣшнія формы и способы выраженія общественныхъ отличій, подобно языку, возникаютъ болѣе или менѣе непроизвольно, въ силу естественныхъ или исторически сложившихся различій между людьми, вліянія ихъ другъ на друга, и получаютъ свое закрѣпленіе и распространеніе путемъ примѣра и подражанія. Но въ дальнѣйшемъ развитіи они видоизмѣняются сознательнымъ воздѣйствіемъ людей и нерѣдко разростаются въ цѣлыя системы строго обдуманныхъ и точно установленныхъ правилъ, охватывающихъ своею сѣтью жизнь человѣка съ разныхъ сторонъ. Стоитъ только вспомнить общественный бытъ египетскихъ сословій, индійскихъ кастъ, въ особенности касты брахмановъ, китайскія церемоніи, придворный этикетъ и церемоніалъ вплоть до настоящаго времени, уставы монашескіе и воинскіе.

Digitized by Google

Наконецъ, въ особенности слѣдуетъ упомянуть о различныхъ формахъ и обрядахъ правовыхъ дѣйствій. Первобытное и въ особенности древнее сакральное и гражданское право, наприм., римское jus sacrum и jus civile особенно богаты различными такими формами и обрядами, которые имѣютъ значеніе неоспоримыхъ, твердо установленныхъ и совершенно очевидныхъ признаковъ надлежащихъ цѣлесообразныхъ дѣйствій. Отступленіе отъ правилъ или упущеніе въ малѣйшихъ подробностяхъ дѣйствій опорочиваетъ ихъ въ древнемъ правѣ; зато благодаря такой строгости достигалась и обезпечивалась наивысшая точность, очевидность и несомнѣнность юридически значительныхъ дѣйствій.

6.

Въ предыдущемъ изложеніи въ общихъ чертахъ выяснились элементы общественнаго взаимоотношенія. Таковы, субъекты отношенія (два по крайней мѣрѣ), и связь между ними, при чемъ эта связь взаимна, ибо предполагаетъ съ обѣихъ сторонъ пониманіе другъ друга и соотвѣтствующія дѣйствія. Общественное взаимодѣйствіе, какъ отношеніе, предполагаетъ, слѣдовательно, р а з л и ч і е и п р о т и в о п о л о ж е н і е субъектовъ, личностей, а также присущихъ, причитающихся имъ сферъ проявленія ихъ личныхъ силъ. Въ этомъ даны всѣ элементы общественнаго отношенія, которое содержится въ упомянутыхъ терминахъ. Различіе субъектовъ, личностей, «я» и «не—я» и ихъ противопоставленіе есть связь, соотношеніе; разграниченіе «моего» и «чужого» есть различеніе и противопоставленіе всего того (вещей, дѣйствій) на что можетъ притязать лицо, къ чему оно обязано и отъ чего оно должно воздерживаться.

Общественныя взаимоотношенія, какъ и вообще человѣческіе дѣйствія и поступки, возникаютъ по поводу самыхъ разнообразныхъ событій и явленій, естественныхъ и иныхъ. Все безконечное многообразіе явленій, фактовъ, событій, словомъ, измѣненій, происходящихъ во внѣшней средѣ, можетъ вызывать тѣ или иныя реакціи со стороны живыхъ, одушевленныхъ существъ. Эти реакціи, отвѣты на побужденія со стороны внѣшней среды составляютъ многообразное с о д е р ж а н і е общественной жизни. Р. Штаммлеръ называетъ это содержаніе «матеріей» соціальной жизни и отождествляетъ съ х о з я й с т в е н н о й дѣятельностью человѣка; «форму» общественной жизни, по его ученію, составляетъ право, т. е. внѣшняя регулировка человѣческихъ отношеній, вносящая единство въ ихъ многообразіе. Такое отождествленіе соціальной ма-

Digitized by Google

торіи» съ хозяйствомъ во всякомъ случаѣ неточно и представляетъ словесную вольность, такъ какъ обычное словоупотребленіе относитъ къ хозяйству, къ хозяйственной дѣятельности лишь ч а с т ь человѣческихъ отношеній, именно, связанную такъ или иначе съ матеріальной физической стороной существованія человѣка. Взаимоотношенія же людей не ограничиваются только производствомъ, распредѣленіемъ и потребленіемъ матеріальныхъ благъ. Едва ли возможно, не прибѣгая къ уподобленію и расширенію понятій, отнести къ хозяйственной дѣятельности, наприм., «производство» научныхъ «цѣнностей» или «обмѣнъ» таковыхъ въ аудиторіи университета между профессоромъ и слушателями.

«Матерію» общественной жизни образуетъ, слѣдовательно, многообразное содержаніе взаимныхъ человѣческихъ отношеній, т. е. дѣйствій и состояній. Выше уже было выяснено, что какъ причинное, такъ и цѣлевое разсмотрѣніе человѣческихъ дѣйствій не въ силахъ раскрыть общественной природы человѣческихъ взаимодѣйствій. Необходимо найти такой уголъ зрѣнія, который открылъ бы возможность внести п о р я д о к ъ въ разсмотрѣніе безграничнаго многообразія человѣческихъ взаимоотношеній. Взаимныя дѣйствія между людьми, причинно обусловленныя и цѣлесообразныя, могутъ, сверхъ того, разсматриваться какъ д о л ж н ы я или н е д о л ж н ы я, т. е. могутъ быть сопоставлены съ нѣкоторымъ мѣриломъ, образцомъ, в ы с ш и м ъ п о р я д к о м ъ, которому они либо соотвѣтствуютъ, либо противорѣчатъ.

Всѣ дѣйствія людей причинно обусловлены, но не всѣ изъ нихъ въ равной мѣрѣ цѣлесообразны; наконецъ, изъ числа цѣлесообразныхъ человѣческихъ дѣйствій отнюдь не всѣ могутъ быть признаны д о л ж е с т в у ю щ и м и б ы т ь. Порядокъ должествованія предполагаетъ нѣкоторое м ѣ р и л о, дающее возможность выбора и оцѣнки тѣхъ или иныхъ изъ всего многообразія человѣческихъ дѣйствій, какъ сообразныхъ или противорѣчащихъ этому мѣрилу.

Какія дѣйствія изъ всего необозримаго многообразія подлежатъ такой оцѣнкѣ, такому соизмѣренію, на это содержатся указанія въ самыхъ правилахъ порядка должествованія: сами эти правила непререкаемо опредѣляютъ у с л о в і я своего собственнаго примѣненія. Правила должнаго, въ отличіе отъ законовъ сущаго, носятъ названіе н о р м ъ [1]). Нормы, опредѣляющія отношенія между

[1]) Изъ необозримой литературы по общимъ вопросамъ права ближайшее отношеніе къ излагаемымъ взглядамъ имѣютъ слѣдующія сочиненія: A. Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht. Weimar. 1878. W. Schuppe. Der Begriff des subjectiven Rechts. Breslau. 1887. H. Kelsen. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen. 1911. R. Stammler. Theorie der Rechtswissenschaft. Halle

Digitized by Google

людьми, носятъ названіе правовыхъ; то, что соотвѣтствуетъ этимъ нормамъ, т. е. дѣйствія—отношенія, есть право въ широкомъ смыслѣ слова или правоотношенія. Нормы права содержатъ слѣдующіе элементы: субъекты права и обязанности, что сводится къ правоспособности, т. е. способности пріобрѣтать права и обязанности, объекты права, т. е. тѣ или другія дѣйствія, составляющія предметъ правовыхъ притязаній и обязанностей, наконецъ, основаніе обязательности, или источникъ права.

Норма, сверхъ того, имѣетъ названіе права въ объективномъ смыслѣ, правоотношеніе называется также правомъ въ субъективномъ смыслѣ. Норма есть сужденіе должнаго; особенность содержанія правовой нормы состоитъ въ томъ, что съ опредѣленнымъ составомъ фактическихъ предположеній, юридическихъ фактовъ необходимымъ образомъ связываются извѣстныя послѣдствія для субъектовъ соотвѣтствующаго правоотношенія, т. е. требованія или предписанія. Эта необходимая связь правовыхъ предположеній съ требуемыми или предписываемыми послѣдствіями есть обязательность нормы права для субъектовъ, нормативность права. Условіе и слѣдствіе, гипотеза и диспозиція нормъ нерѣдко разъединены и получаютъ каждая въ отдѣльности самостоятельную сложную формулировку. Такъ, правовыя предположенія, такъ называемые юридическіе факты составляютъ нерѣдко содержаніе особыхъ опредѣлительныхъ сужденій, правовыя послѣдствія въ свою очередь получаютъ самостоятельную формулировку. Такое расчлененіе нормъ по формѣ наиболѣе обычно въ уголовномъ правѣ, гдѣ опредѣленія преступленій, т. е. правовыхъ предположеній, и наказаній, т. е. правовыхъ слѣдствій обыкновенно составляютъ содержаніе различныхъ грамматическихъ предложеній [2]).

Подъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ разумѣется обыкновенно закрѣпленная, обезпеченная за опредѣленнымъ лицомъ правовой нормою возможность дѣйствовать (или бездѣйство-

---

a. d. Saale. 1911. Н. М. Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права. Изд. восьмое. (Безъ перемѣнъ). СПБ. 1909. Л. І. Петражицкій. Теорія права и государства. Т. т. 1 и 2. СПБ. 1909/10. Кн. Е. Трубецкой. Лекціи по энциклопедіи права. М. 1915. Б. А. Кистяковскій. Соціальныя науки и право. Москва, 1916.

[2]) Ѳ. Кокошкинъ, Лекціи по общему государственному праву. М. 1912, 19. «Несамостоятельныя нормы права». Стр. 126.

Digitized by Google

вать) или же, наконецъ, возможность требовать отъ другихъ лицъ тѣхъ или иныхъ дѣйствій или воздержаній. Въ тѣсномъ смыслѣ субъективное право имѣется тамъ, гдѣ такая правовая возможность, притязаніе предоставлены всецѣло свободному произволу управомоченнаго лица. Въ противоположность субъективному праву правовая обязанность есть *необходимость* лица поступать согласно предписанію нормы, обусловленная требованіемъ управомоченнаго лица [1]). Нетрудно убѣдиться, что право и его элементы имѣютъ значеніе *необходимаго условія* общественной жизни людей. Вѣдь выше указывалось, что общественное взаимоотношеніе, взаимодѣйствіе предполагаетъ различеніе и соотношеніе между «я» и «не—я», т. е. между личностями. Право именно и устанавливаетъ такую необходимую *координацію субъектовъ*, т. е. правоотношеніе. Право не сливаетъ людей воедино, до полнаго безразличія между ними, но т. сказ. проводитъ между ними грань, противопоставляетъ и вмѣстѣ съ тѣмъ соотноситъ ихъ. Далѣе, было указано, что въ общественномъ соотношеніи необходимо не только различеніе лицъ, субъектовъ, но также разграниченіе сферъ ихъ проявленія, ихъ дѣятельности, разграниченіе «моего» и «чужого». Право именно и полагаетъ надлежащее разграниченіе причитающихся, присущихъ субъектамъ сферъ дѣйствія, ихъ правомочій и обязанностей (аттрибутивная и дистрибутивная функція права). Какъ-разъ весьма распространенныя опредѣленія гласятъ, что право есть именно разграниченіе свободы (Кантъ) или интересовъ (Коркуновъ). Такимъ образомъ, помимо права немыслимо никакое общеніе. Право есть необходимое условіе, необходимый минимумъ общественнаго расчлененія, соціальной дифференціаціи. Только гдѣ и поскольку различаются и соотносятся субъекты правъ и обязанностей, другими словами: гдѣ и поскольку существуютъ правоотношенія, тамъ и постольку можетъ быть общественное взаимоотношеніе. Подобно тому, какъ наличность значимаго дѣйствія, взаимодѣйствія, языка или другихъ средствъ и способовъ общенія есть необходимое фактическое предположеніе, *условіе дѣйствительности* общественнаго взаимодѣйствія, такъ правовая норма есть *логически необходимое* условіе общественнаго взаимоотношенія (conditio sine qua non). Т. к., согласно вышесказанному, право и правоотношеніе съ его элементами принадлежатъ къ области *должнаго*, то право, будучи необходимымъ логическимъ условіемъ общенія, есть вмѣстѣ съ

[1]) W. Schuppe. Begriff des subjectiven Rechts. S. 122 и сл.

Digitized by Google

тѣмъ и вообще необходимый «этическій минимумъ», «минимумъ нравственности» [1]).

7.

Аріаднину нить для отысканія общественныхъ взаимоотношеній въ безконечномъ лабиринтѣ механическихъ и органическихъ взаимодѣйствій, реакцій вручаетъ испытующему уму и д е я п р а в а. Съ одной стороны право игнорируетъ, оставляетъ въ сторонѣ великое множество естественныхъ взаимодѣйствій, тѣмъ самымъ значительно суживаетъ область подлежащихъ явленій и существенно упрощаетъ самый предметъ. Общественныя свойства обнаруживаютъ, такимъ образомъ, отнюдь не всѣ многообразныя механическія и органическія взаимодѣйствія, но лишь нѣкоторыя изъ нихъ. Съ другой стороны, наряду съ указаннымъ упрощеніемъ, идея правовой связи въ свою очередь создаетъ новое о с л о ж н е н і е, т. к. п р и в н о с и т ъ къ многообразному содержанію механическихъ и органическихъ взаимодѣйствій нѣкоторое качественно иное содержаніе, сообщаетъ имъ новый с м ы с л ъ и з н а ч е н і е. Правовыя нормы, такимъ образомъ, содержатъ п р а в и л а в ы б о р а нѣкоторыхъ явленій изъ всего многообразія естественныхъ, дѣйствительныхъ и возможныхъ взаимодѣйствій и взаимоотношеній. Съ другой стороны тѣ же нормы представляютъ особый качественно своеобразный составъ содержанія. Право есть сужденіе о надлежащемъ порядкѣ, правило должнаго, норма; въ качествѣ правила должнаго правовая норма устанавливаетъ новую и своеобразную связь и сочетаніе элементовъ сущаго, располагаетъ эти элементы въ самобытные ряды, создаетъ своеобразный идеальный порядокъ явленій. Каждая правовая норма, какъ было указано выше, связываетъ, по правилу должнаго и притомъ строго необходимымъ образомъ, съ опредѣленнымъ составомъ фактическихъ предположеній тѣ или другія опредѣленныя послѣдствія, требуетъ и предписываетъ осуществленіе опредѣленныхъ дѣйствій или воздержаній. А черезъ посредство этой предписываемой связи между явленіями, т. е. между фактическими предположеніями, юридическими фактами, съ одной стороны, и требуемыми послѣдствіями, напримѣръ, юридическими дѣйствіями, или объектами, съ другой, право устанавливаетъ и связь между лицами, субъектами, управомочивая и обязывая однихъ по отношенію къ другимъ. Правила должнаго

[1]) Необходимо замѣтить, что изложенное ученіе о правѣ, какъ «этическомъ минимумѣ», кореннымъ образомъ отличается отъ одноименныхъ ученій Еллинека и Вл. Соловьева.

Digitized by Google

правопорядка имѣютъ значеніе направляющаго, регулирующаго начала по отношенію къ дѣйствіямъ и взаимоотношеніямъ, которыя черезъ приложеніе къ нимъ правилъ должнаго превращаются въ совокупность особымъ образомъ упорядоченныхъ дѣйствій, въ «координированное поведеніе», по терминологіи проф. Л. І. Петражицкаго [1]). Итакъ, право есть регулятивъ совмѣстнаго поведенія, отношеній или взаимодѣйствій людей между собою.

Мысль о правопорядкѣ, такимъ образомъ, содержитъ нѣкоторое в ы с ш е е м ѣ р и л о, о б р а з е ц ъ, съ которымъ сопоставляются и сонзмѣряются реальныя отношенія, взаимодѣйствія, и придаетъ движеніямъ, дѣйствіямъ особый с м ы с л ъ и з н а ч е н і е: сообразныхъ съ предписаніями нормъ или противорѣчащихъ требованіямъ должнаго, надлежащаго порядка.

## 8.

Долженствованіе, нормативный смыслъ представляетъ совершенно особый составъ содержанія, который самъ по себѣ и независимо отъ реализаціи, воплощенія въ дѣйствительности, которое можетъ и не наступить и на самомъ дѣлѣ нерѣдко вовсе не наступаетъ, подлежитъ самостоятельному и своеобразному изученію и изслѣдованію по своему внутреннему строенію. Но, съ другой стороны, идея долженствованія по самому смыслу требуетъ осуществленія, т. е. примѣненія къ дѣйствительности.

Разумѣется, право и государство или, точнѣе, явленія правовыхъ и государственныхъ отношеній, составляютъ содержаніе и предметъ переживаній, актовъ и процессовъ душевной жизни человѣка, которые устанавливаются наблюденіемъ и разлагаются на составные элементы психологическимъ анализомъ. Въ этомъ отношеніи совершенно правы тѣ мыслители, которые разсматриваютъ право съ психологической точки зрѣнія, изслѣдуютъ вопросъ о томъ, какъ составъ нормативнаго содержанія, идея права проектируется въ субъективномъ сознаніи, вплетается въ живую ткань душевной жизни, другими словами: они даютъ т. наз. п с и х о л о г и ч е с к о е о б о с н о в а н і е правовыхъ явленій, какъ предмета душевныхъ переживаній (Бирлингъ, Петражицкій и многіе другіе, напр., Еллинекъ). Задачу психологическаго изслѣдованія права составляетъ анализъ переживаній права, разложеніе соотвѣтствующихъ переживаній на ихъ составные элементы, нахожденіе и установленіе, если возможно, причинной, т. е. необхо-

[1]) Теорія права и государства, Т. I, стр. 211.

Digitized by Google

димой связи правовыхъ переживаній съ другими переживаніями. Психологическій анализъ, слѣдовательно, изучаетъ правовыя переживанія генетически, т. е. какъ нѣкоторую становящуюся дѣйствительность, изслѣдуетъ происхожденіе правовыхъ переживаній и вскрываетъ причинную, мотивоціонную связь ихъ съ другими переживаніями, напримѣръ, съ представленіями тѣхъ или иныхъ ожидаемыхъ и желаемыхъ слѣдствій или эффектовъ. При этомъ, такъ какъ всѣмъ душевнымъ переживаніямъ, какъ актамъ или процессамъ, присущъ субъективный и индивидуальный характеръ, то въ душевной, психической природѣ человѣка раскрывается субъективно-индивидуальная дѣйствительность правовыхъ переживаній, и психологія изучаетъ лишь индивидуальную дѣйствительность этихъ явленій. Такъ называемое соціально-психологическое изученіе соотвѣтственныхъ переживаній и, въ частности, правовыхъ имѣетъ предметомъ количественное множество качественно однородныхъ или соотвѣтствующихъ по содержанію явленій, протекающихъ въ сознаніи множества отдѣльныхъ индивидовъ, но не общественную связь, не взаимоотношеніе между людьми, какъ таковое. Однако, самое право, т. е. примѣнимыя къ отдѣльнымъ случаямъ нормы, не есть совокупность душевныхъ переживаній. Право положительное предполагаетъ наличность извѣстныхъ объективныхъ нормативныхъ фактовъ, т. е. такихъ фактическихъ предположеній, которыми обусловленъ характеръ сего, какъ необходимо дѣйствующаго, т. е. обязательно примѣнимаго въ подлежащихъ случаяхъ, именно, при условіи наступленія опредѣленныхъ юридическихъ, юридически значительныхъ, релевантныхъ фактовъ [1]).

Нормы положительнаго права соединяютъ людей, связывая съ тѣми или иными фактическими предположеніями, фактами, необходимымъ образомъ по правилу должнаго тѣ или иныя послѣдствія, права и обязанности. Далѣе право осуществляется въ неуклонномъ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ и, наконецъ, осуществленіе его завершается въ правовыхъ объектахъ, т. е. согласно ученію проф. Петражицкаго, въ правомѣрныхъ поступкахъ, юридическихъ дѣйствіяхъ.

Государство въ особенности есть наиболѣе яркое воплощеніе

[1]) Вѣрный принятому психологическому взгляду на право проф. Петражицкій говоритъ не просто о нормативныхъ фактахъ, но о «представленіяхъ нормоустановительныхъ фактовъ». Теорія права и государства. Т. I. 1909 г. стр. 75.

Digitized by Google

и осуществленіе права. Государство есть правопорядокъ и всесторонне опредѣляется правомъ; въ особенности это справедливо по отношенію къ современному государству, которое представляетъ воплощеніе права (правовое государство).

Въ современномъ ученіи государство строится, конструируется, какъ правовое понятіе, именно, какъ юридическое лицо (Герберъ, Лабандъ, Еллинекъ и множество другихъ) и какъ правоотношеніе или совокупность правовыхъ отношеній (Gesamtverhältnis по ученію А. Генеля). Государство, сверхъ того, есть источникъ положительнаго права, его позитивнаго характера, такъ какъ предполагаетъ юридически предусмотрѣнный и опредѣленный порядокъ изданія правовыхъ нормъ (законодательство, законъ въ формальномъ смыслѣ слова).

Наконецъ, государство есть и полнѣйшее осуществленіе, воплощеніе права, т. к. имѣетъ мѣсто лишь тамъ и постольку, гдѣ и поскольку выполняются тѣ или иныя опредѣленныя правомѣрныя дѣйствія: дѣйствія должностныхъ лицъ, отклоняющіяся отъ требованій права и противорѣчащія его предписаніямъ либо выходящія за предѣлы права, составляютъ ихъ личныя дѣйствія и вмѣняются этимъ лицамъ, но не государству, какъ таковому. Государство, равно какъ всякій правовой союзъ или учрежденіе, есть, по словамъ проф. Л. І. Петражицкаго, координированное поведеніе, т. е. совокупность правомѣрныхъ дѣйствій, и въ этой упорядоченной совокупности дѣйствій заключается его объективная, общественная дѣйствительность, соціальная реальность. Поистинѣ правъ Гегель, утверждавшій, что государство есть дѣйствительность нравственной идеи (Wirklichkeit der sittlichen Idee), если только подъ нравственной идеею разумѣть нормативность, обязательность права. Право и государство, какъ совокупность извѣстнымъ образомъ упорядоченныхъ дѣйствій, взаимодѣйствій, есть, слѣдовательно, фактъ, нѣчто сущее и, какъ таковыя, подлежатъ изученію теоретической соціологіи, которая имѣетъ предметомъ именно описаніе различныхъ формъ и видовъ общественныхъ взаимоотношеній и связь между ними по принципамъ причинной зависимости и цѣлесообразности.

## 9.

Итакъ, право можетъ быть разсматриваемо съ различныхъ точекъ зрѣнія. Поэтому возможно установить рядъ наукъ о правѣ. Изъ предшествующаго ясно, что объективная реальность права

Digitized by Google

раскрывается въ совокупности юридически упорядоченныхъ дѣйствій, взаимодѣйствій между людьми. Такое координированное поведеніе и составляетъ содержаніе правовыхъ отношеній между людьми и правовыхъ установленій, институтовъ, какъ семья, собственность, государство. Эти реальныя отношенія, объединенныя въ институты, могутъ быть предметомъ простого описанія въ ихъ исторически данномъ многообразіи. Такова описательная соціологія, которая, однако, обыкновенно не довольствуется простымъ безыскусственнымъ воспроизведеніемъ явленій, но стремится, путемъ сравненія и отвлеченія, отыскать черты сходства между общественными отношеніями и установленіями различныхъ народовъ (сравнительная соціологія). Подобіе такой описательной и сравнительной соціологіи можно найти въ описательной же физикѣ и въ описательномъ естествознаніи. Однако, описаніе и сравненіе институтовъ въ чистомъ видѣ встрѣчается рѣдко. Чистымъ описаніемъ достигается лишь наглядное воспроизведеніе исторически даннаго м а т е р і а л а въ его м н о г о о б р а з і и. Но обыкновенно уже самое непритязательное описаніе явленій, фактовъ руководствуется какой-нибудь болѣе или менѣе опредѣленной цѣлью, въ виду коей производится выборъ и подборъ того, а не иного матеріала, а въ самомъ матеріалѣ—тѣхъ или иныхъ чертъ его, что уже есть о т в л е ч е н і е или а б с т р а к ц і я. Вообще говоря, простое безыскусственное описаніе явленій въ чистомъ видѣ представляетъ какъ бы нулевую точку, начиная отъ коей познаніе можетъ двигаться въ двухъ противоположныхъ направленіяхъ: въ сторону с у б ъ е к т и в н а г о или же въ сторону о б ъ е к т и в н а г о анализа явленій и объясненія ихъ, т. е. установленія связи между явленіями.

Подобно физическимъ явленіямъ, формы общественнаго взаимодѣйствія, правовыя отношенія и установленія хозяйственныя и государственныя допускаютъ изслѣдованіе въ двоякомъ направленіи: ихъ можно разсматривать либо со стороны чисто психической, изучать субъективно-индивидуальную реальность правовыхъ переживаній, либо изучать ихъ со стороны ихъ объективныхъ проявленій. Наиболѣе замѣчательное и развитое ученіе о субъективномъ составѣ правовыхъ переживаній представляетъ психологическая теорія права и государства проф. Л. І. Петражицкаго. Природу правовыхъ явленій проф. Петражицкій находитъ въ психикѣ, разсматриваетъ право и государство, какъ разновидности душевныхъ состояній и сводитъ ихъ къ своеобразному эмоціонально-интеллектуальному составу императивно-аттрибутивныхъ переживаній.

Digitized by Google

Однако явленія права и государства имѣютъ, помимо чисто субъективной стороны, также сторону объективную, поскольку содержаніе правовыхъ нормъ и государственныхъ учрежденій проектируется не только въ индивидуальномъ сознаніи человѣка въ видѣ соотвѣтственныхъ переживаній, но находитъ свое выраженіе и осуществленіе во внѣшней средѣ, въ дѣйствіяхъ и отношеніяхъ людей, въ ихъ координированномъ поведеніи. Объективно-соціологическое изученіе правовыхъ, хозяйственныхъ и государственныхъ явленій можетъ быть двоякое: причинное или цѣлевое, каузальное или телеологическое. При этомъ, вопреки ученію Штаммлера, эти два способа разсмотрѣнія отнюдь не представляютъ коренной взаимно исключающей противоположности, но, какъ показалъ Кельзенъ (объ этомъ выше), представляютъ лишь чисто условное обратное разсмотрѣніе одного и того же порядка послѣдовательности явленій: причины—средства, слѣдствія—цѣли. Примѣръ чисто причиннаго разсмотрѣнія явленій правовыхъ и государственныхъ составляетъ попытка экономическаго объясненія этихъ явленій, какъ слѣдствій соотношенія чисто хозяйственныхъ силъ. Однако, право и государство возможно разсматривать не только какъ слѣдствія, но также и какъ причины явленій: цѣпь причинныхъ рядовъ не замкнута ни со стороны причинъ, ни со стороны слѣдствій и потому одни и тѣ же явленія, будучи, съ одной стороны, причинно обусловлены, въ свою очередь составляютъ причины другихъ явленій. Такъ, право и государство не только являются слѣдствіемъ тѣхъ или иныхъ причинъ біологическихъ или экономическихъ (ученія о родовомъ, племенномъ и классовомъ происхожденіи государства и права), но, въ свою очередь, они оказываютъ то или другое, благое или пагубное вліяніе на человѣка и общество, воспитывая въ нихъ либо добрыя, либо дурныя наклонности и свойства. Весьма значительнымъ распространеніемъ пользуется именно телеологическое, цѣлевое разсмотрѣніе права и правовыхъ институтовъ, въ частности—государства; при этомъ и то и другое могутъ разсматриваться либо какъ цѣль, либо какъ средство. Нерѣдко высказывалась, въ качествѣ методологическаго принципа, мысль о необходимости изучать право и правовые институты и, въ частности, государство, какъ общественныя средства достиженія опредѣленныхъ цѣлей. Мысль, что цѣль есть опредѣляющее начало правовыхъ институтовъ, высказывалась не только Р. Іерингомъ въ его извѣстномъ сочиненіи «Цѣль въ правѣ», но и весьма многими другими мыслителями. Такъ, еще Шталь въ своей «Философіи права» писалъ, что правовые институты представляютъ собою комплексы фактовъ и фактическихъ отношеній и соотвѣтствую-

Digitized by Google

вныхъ правовыхъ нормъ, которыя въ совокупности образуютъ нерасторжимое единство благодаря внутренне присущему имъ назначенію (Bestimmung, τέλος)» [1]). То, что Шталь называетъ опредѣляющимъ началомъ (Bestimmung) правовыхъ установленій, институтовъ, есть, повидимому, не что иное, какъ та или иная цѣль (τέλος), которую призваны осуществлять правовыя отношенія, объединяемыя этой цѣлью въ институты.

Еллинекъ въ основу соціологическаго познанія общественныхъ установленій полагаетъ понятіе цѣлевого единства, Zweckeinheit. Въ частности, государство, по его ученію, есть видъ союзнаго единства или образованія (Verbandseinheit), въ которомъ многообразіе индивидуальныхъ переживаній и дѣйствій приводится къ единству тою или иною цѣлью [2]). Наконецъ, по ученію того же Еллинека, историческое изученіе развитія правовыхъ и, въ частности, государственныхъ установленій возможно лишь при условіи сохраненія и постоянства цѣли института, изучаемаго въ его развитіи; тамъ же, гдѣ наблюдается измѣненіе или превращеніе самыхъ цѣлей установленій (Zweckwandel), не можетъ быть рѣчи о единствѣ развивающагося установленія, но лишь о послѣдовательной смѣнѣ однихъ институтовъ другими, преслѣдующими иныя цѣли и задачи. Еллинекъ поясняетъ свою мысль обильнымъ и удачнымъ подборомъ историческихъ примѣровъ [3]). Цѣлевое разсмотрѣніе права и государства, какъ средствъ достиженія тѣхъ или иныхъ задачъ, находитъ свое особое примѣненіе въ прикладной, практической политикѣ и въ ученіи о воспитаніи, педагогикѣ (воспитательное значеніе права и государства).

## 10.

Уже неоднократно высказывалось выше, что право и государство—нормативныя понятія и представляютъ своеобразный составъ нормативнаго содержанія. Мало того, нормативный составъ имѣетъ особое принципіальное значеніе въ примѣненіи къ общественнымъ явленіямъ, которыя такъ или иначе необходимо опредѣляются правомъ. Правовая регулировка составляетъ необходимую основу общественныхъ отношеній: внѣ и независимо отъ правовой регулировки остается безграничная область чисто физическихъ и біоло-

[1]) Fr. J. Stahl. Die Philosophie des Rechts. Zweiter Band. Erste Abtheilung. Dritte Auflage. Heidelberg. 1854. Стр. 293.—294.

Jellinek. Allgemeine Staatslehre. 2 Aufl. 1905. Стр. 171.

[2]) Тамъ же. Стр. 41—49.

Digitized by Google

гическихъ, органическихъ взаимодѣйствій, реакцій. Въ свою очередь и на основѣ права и правовой регулировки вырастаетъ неисчерпаемо богатый міръ многообразной личной и общественной жизни, не укладывающейся въ узкія и тѣсныя грани правовыхъ отношеній и формъ. Ниже уровня права находится область до-общественныхъ естественныхъ отношеній, «естественное состояніе». Надъ уровнемъ права возвышается и разрастается область личнообщественныхъ отношеній, многосложная и тонкая ткань народной и международной жизни человѣчества. Забвеніе правового начала, нормативно-юридическаго элемента въ познаніи общества и общественной жизни приводитъ къ натурализму въ соціологіи и къ его разновидностямъ—механизму, біологизму, психологизму: общество разсматривается исключительно либо какъ система силъ, механическихъ взаимодѣйствій, либо какъ осложненіе біологическаго организма, либо, наконецъ, какъ цѣпь душевныхъ переживаній (экономическая теорія классовой борьбы, органическая соціологія, психологическія ученія). Съ другой стороны—забвеніе правовой основы въ познаніи общества приводитъ къ с о ц і а л ь н о й м е т а ф и з и к ѣ, каково, напр., ученіе такъ называемой исторической школы о народномъ духѣ, о народномъ сознаніи, какъ нѣкоторой сверхопытной сущности, источникѣ всего многообразнаго содержанія культурной жизни народа, его языка, нравовъ, обычаевъ, художественнаго творчества, религіозныхъ культовъ. Въ ученіи исторической школы право занимаетъ скромное мѣсто правового обычая, вытекающаго изъ того же субстанціональнаго, метаюридическаго источника всей жизни народа—народнаго духа или народнаго сознанія.

Изученіе нормативнаго состава права и правовыхъ установленій, въ частности государства, допускаетъ рядъ ступеней. Всякое познаніе есть не что иное, какъ объединеніе многообразнаго содержанія, нахожденіе и установленіе единства въ многообразіи и многообразія въ единствѣ (анализъ и синтезъ). Право возникаетъ и существуетъ, какъ многообразіе правовыхъ дѣйствій, поступковъ (обычное право) и нормъ. Отдѣльная правовая норма есть уже нѣкоторое единство, потому что она объединяетъ, субсумируетъ необозримое множество реальныхъ жизненныхъ отношеній, къ которымъ эта норма приложима. Уже на низшей ступени познанія права для цѣлей практической, технической юриспруденціи требуется согласованіе, приведеніе въ порядокъ и взаимную связь многообразнаго наличнаго содержанія нормъ путемъ толкованія и аналогіи. Отдѣльныя нормы объединяются въ правовыя установленія, институты, а эти послѣдніе въ свою очередь объединяются



Digitized by Google

въ правовыя системы. Даже прикладная техническая юриспруденція съ необходимостью приходитъ къ отысканію правовыхъ аксіомъ, основныхъ понятій, исходя изъ коихъ возможно надлежащимъ образомъ привести къ единству, истолковать и раскрыть въ опредѣленномъ согласованномъ смыслѣ содержаніе производныхъ нормъ. Современное законодательство, подъ вліяніемъ научной теоріи, проникнуто сознаніемъ необходимости отдѣлять положительный правовой матеріалъ, т. е. приложимыя къ отдѣльнымъ случаямъ нормы отъ всего, что не отличается свойствомъ непосредственной приложимости къ отдѣльнымъ жизненнымъ отношеніямъ. Поэтому въ современныхъ правовыхъ системахъ, уложеніяхъ и сводахъ нерѣдко отсутствуетъ формулировка правовыхъ основъ, аксіомъ и опредѣленій; отысканіе этихъ основъ предоставлено самостоятельной теоретической мысли и производится посредствомъ логическаго толкованія, анализа и синтеза содержанія наличныхъ нормъ, а также путемъ заполненія пробѣловъ посредствомъ аналогіи закона и аналогіи права.

Такимъ образомъ возможно различать практическую и теоретическую юриспруденцію. Первая раскрываетъ смыслъ нормъ и согласуетъ ихъ между собою (толкованіе и система) съ цѣлью примѣненія ихъ къ отдѣльнымъ случаямъ; вторая отыскиваетъ и формулируетъ основныя аксіомы и опредѣленія права и выводитъ изъ нихъ правовыя теоремы. Указанное различіе соотвѣтствуетъ обычно проводимому въ наукѣ права разграниченію особенной и общей части отдѣльныхъ отраслей права. Такъ, общая часть гражданскаго, уголовнаго, государственнаго права дѣйствительно содержитъ подлинныя правовыя опредѣленія, аксіомы и теоремы въ видѣ такъ называемыхъ правовыхъ построеній, юридическихъ конструкцій.

## 11.

Научный синтезъ, объединеніе нормативнаго содержанія не останавливается на формулированіи основныхъ правовыхъ опредѣленій и аксіомъ, но можетъ восходить и далѣе, къ такимъ основнымъ понятіямъ, которыя составляютъ необходимое условіе всякой правовой конструкціи, а не только построенія тѣхъ или иныхъ особыхъ правовыхъ отношеній и установленій. Это и есть такъ называемыя юридическія категоріи или основныя правовыя понятія, которыя содержатся въ каждомъ правовомъ отношеніи и безъ коихъ вообще невозможна юридическая конструкція, т. е. ясное и точное опредѣленіе правового содержанія. Извѣстно,

Digitized by Google

что различные мыслители по разному опредѣляютъ и насчитываютъ неодинаковое количество основныхъ правовыхъ понятій, или категорій. Такъ, проф. Л. І. Петражицкій насчитываетъ ихъ не менѣе четырехъ: субъекты обязанности и права и объекты обязанности и права. «Съ научно-юридической точки зрѣнія, вообще съ точки зрѣнія яснаго и отчетливаго знанія смысла и содержанія права, утверждаетъ проф. Петражицкій, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ знать и умѣть отвѣтить на вопросы: 1. кто обязанъ (субъектъ обязанности), 2. къ чему, къ какимъ дѣйствіямъ онъ обязанъ (объектъ обязанности), 3. кто субъектъ надлежащаго права, 4. на что онъ имѣетъ право, что ему причитается (объектъ права)» [1]).

«Всякая наука, пишетъ Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, есть система общихъ понятій, подъ которыя подводятся всѣ частныя явленія, которыя изслѣдуетъ данная наука. Опредѣлить извѣстное явленіе съ юридической точки зрѣнія значитъ, прежде всего, подвести его подъ одно изъ основныхъ понятій науки права. Такими основными понятіями юриспруденціи являются понятія нормы права, субъекта права, юридическаго отношенія, права въ субъективномъ смыслѣ и обязанности, наконецъ, понятіе объекта права. Опредѣлить государство юридически значитъ подвести его подъ одно изъ этихъ понятій». Въ другомъ мѣстѣ цитированнаго сочиненія Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ слѣдующимъ образомъ развиваетъ тѣ же мысли: «Приложеніе абстрактныхъ юридическихъ нормъ къ подпадающимъ подъ нихъ дѣйствіе конкретнымъ случаямъ жизни создаетъ **юридическія отношенія**, т.е. состоянія связанности воли однихъ лицъ по отношенію къ другимъ лицамъ. Каждое такое состояніе для того лица, чья воля связана нормой права, является **обязанностью**, для того лица, по отношенію къ которому она связана **правомъ** въ субъективномъ смыслѣ. Первое лицо называется **субъектомъ обязанности**, второе—**субъектомъ права**. Такимъ образомъ, субъектъ права и субъектъ обязанности, право и обязанность являются необходимыми элементами каждаго юридическаго отношенія. Къ этимъ четыремъ элементамъ присоединяется еще пятый—объектъ права, т. е. тотъ предметъ или то явленіе внѣшняго міра, по поводу котораго возникаетъ данное юридическое отношеніе» [2]).

Другіе мыслители находятъ болѣе значительное количество правовыхъ категорій и формулируютъ ихъ иначе. Такъ, изъ болѣе старыхъ мыслителей здѣсь можетъ быть упомянутъ Г. Аренсъ, ко-

---

[1]) Теорія права и государства Т. І. СПБ. 1909. Стр. 78.

[2]) Лекціи по общему государственному праву, стр. 166 и 131.



Digitized by Google

торый въ своей «Юридической энциклопедіи» къ числу «важнѣйшихъ всеобщихъ категорій права и науки права» относитъ слѣдующія: 1. единство, 2. самобытность и самостоятельность, 3. цѣльность, 4. соединеніе или связь, 5. основаніе и причина, 6. содержаніе (матерія) и форма, 7. количество или величина; 8. качество, 9. отношеніе и относительность, 10. «категоріи родовъ бытія, или его видовъ: необходимости, возможности и дѣйствительности и ихъ противоположностей—случайности, невозможности и недѣйствительности», словомъ, кантовскія категоріи модальности, 11. пространство и время и 12. принципъ соображенія, который является слѣдствіемъ сцѣпленія и всесторонней обусловленности всѣхъ жизненныхъ отношеній и заключается въ правахъ и развитомъ общественномъ сознаніи [1]). Наконецъ, Р. Штаммлеръ въ упоминавшемся ранѣе послѣднемъ своемъ объемистомъ трудѣ «Theorie der Rechtwissenschaft» даетъ весьма богато разработанную систему юридическихъ категорій. Выше въ основныхъ общихъ чертахъ была намѣчена система юридическихъ категорій, которой ближе всего соотвѣтствуетъ то, что по этому предмету имѣется у Ѳ. Ѳ. Кокошкина. Перечень юридическихъ категорій, приведенный Г. Аренсомъ, несмотря на обиліе приводимыхъ категорій, повидимому, неполонъ, такъ какъ Аренсъ предупреждаетъ, что въ немъ перечислены лишь «важнѣйшія всеобщія категоріи». Однако и приведенный перечень слишкомъ явно содержитъ такія «всеобщія» понятія, которыя относятся не исключительно къ области права, но вообще ко всякому мыслимому содержанію, каковы: единство, связь, матерія и форма, отношеніе, модальныя категоріи. Таблица категорій, приводимая Штаммлеромъ въ его послѣднемъ объемистомъ трудѣ, въ большей своей части представляется составленной весьма искусственно.

Основныя правовыя понятія или юридическія категоріи, подобно основнымъ понятіямъ математики, каковы: количество, число, величина, время, пространство, имѣютъ повсемѣстное и повсевременное значеніе для всякаго правового содержанія: точное, т. е. ясное и отчетливое опредѣленіе жизненныхъ отношеній, ихъ построеніе предполагаетъ основныя правовыя понятія и невозможно внѣ этихъ понятій и независимо отъ нихъ. Поэтому ученіе о категоріяхъ или основныхъ необходимыхъ понятіяхъ, не будучи предметомъ той или иной положительной юридической дисциплины, составляетъ своеобразное содержаніе общей теоріи или

[1]) Г. Аренсъ. Юридическая энциклопедія. Переводъ съ нѣмецкаго. Москва. 1863. Стр. 362—367.

Digitized by Google

философіи права, которая есть основная чистая наука. Предметъ такой общей теоріи или философіи права составляетъ анализъ нормы вообще какъ таковой, т. е. какъ своеобразнаго нормативнаго содержанія, а также вопросъ объ отношеніи права и нравственности, нахожденіе и установленіе основныхъ составныхъ элементовъ или юридическихъ категорій, которыя вмѣстѣ съ тѣмъ являются и основными необходимыми условіями возможности всякаго опредѣленнаго особаго правового отношенія. Поэтому задачу философіи права составляетъ: установить, по возможности, полный перечень основныхъ понятій, показать ихъ неразрывную взаимную связь, замкнуть цѣпь категорій въ кругъ, наконецъ, показать ихъ необходимое основоположное значеніе по отношенію къ содержанію правовыхъ нормъ. Такимъ образомъ, система категорій должна удовлетворять требованіямъ исчерпывающей полноты, нерасторжимой взаимной связи и, наконецъ, необходимаго основоположнаго значенія, значенія необходимыхъ условій по отношенію къ содержанію всѣхъ возможныхъ правовыхъ нормъ. Наконецъ, послѣднюю и высшую задачу философіи права должно составлять ученіе о правовомъ идеалѣ, т. е. о конечномъ завершенномъ единствѣ правового содержанія, которое, не будучи никогда полностью воплощено ни въ одинъ исторически данный, хотя бы весьма отдаленный моментъ времени, тѣмъ не менѣе служитъ какъ бы мыслимымъ предѣломъ, къ которому должно направляться и съ которымъ должно сравниваться и сонзмѣряться поступательное развитіе права въ человѣчествѣ. Такое ученіе о правѣ, какъ таковомъ, о составныхъ общихъ элементахъ нормы и необходимыхъ условіяхъ всякаго возможнаго правового содержанія не есть ученіе о тѣхъ или иныхъ опредѣленныхъ нормахъ и правовыхъ установленіяхъ, въ ихъ общихъ чертахъ и своеобразныхъ особенностяхъ, зависящихъ отъ условій времени и мѣста, исторической обстановки. Это составляетъ предметъ положительнаго ученія о правѣ въ его общей и особенной части. Ученіе же объ элементахъ права, его отношеніи къ нравственности и о правовомъ идеалѣ, по сравненію съ положительнымъ ученіемъ о правѣ есть какъ бы наука второго порядка, изучаетъ тѣ основы положительнаго права, которыми это послѣднее оперируетъ, какъ данными, и поэтому заслуживаетъ того особо выдающагося мѣста въ системѣ познанія, которое всегда удѣлялось философіи, понимаемой со временъ Аристотеля въ смыслѣ науки о принципахъ, или основныхъ началахъ.

*А. Л. Саккетти.*

Digitized by Google

# Къ вопросу о генезисѣ государственной теоріи права.

I.

Взглядъ на государство, какъ на творческую силу права, и на право, какъ на продуктъ государства, признаваемый не только нѣмецкими, но и англо-американскими юристами (особенно Austin'омъ), находилъ себѣ особенно яркихъ послѣдователей въ средѣ германскихъ государствовѣдовъ (Герберъ, Мейеръ, Цорнъ, Зейдель, Борнгакъ, Лабандъ, Аншютцъ и др.), въ большинствѣ своемъ являвшихся приверженцами т. н. «монархическаго принципа».

Въ краткихъ словахъ сущность т.н. государственной теоріи права заключается въ слѣдующемъ. Она утверждаетъ, что **право** есть норма, изданная государственною властью, или иначе—право есть волеизъявленіе государственной власти. Въ связи съ такимъ опредѣленіемъ объективнаго права находится и ученіе объ источникахъ права. **Источниками** права признаются—въ полномъ согласіи съ вышеприведеннымъ опредѣленіемъ—**законъ** и—въ явномъ противорѣчіи съ этимъ понятіемъ права—**обычай**. Значительно рѣже къ источникамъ права присоединяютъ еще и **судебную практику**, хотя рѣшенія суды, какъ органа государственной власти, и легче было бы счесть выраженіемъ воли государства, чѣмъ обычай, возникающій помимо официально-государственной жизни. Слѣдовательно, уже въ вопросѣ объ обычаѣ надо было бы перейти отъ теоріи государственнаго **происхожденія** права къ теоріи государственнаго **принужденія**, и сказать, что право есть норма, обезпеченная государственнымъ принужденіемъ. Въ такомъ случаѣ кругъ источниковъ права значительно расширится. Всякая норма, кѣмъ бы она ни была издана или провозглашена, въ какой бы формѣ она не сложилась, разъ соблюденіе ея государство обезпечиваетъ принудительными средствами, должна быть признана нормою права. Очевидно, что и обычай, и судебная практика могли бы быть безъ всякаго само-

Digitized by Google

противорѣчія включены въ источники права. Мало того, если бы рѣшеніе претора согласно его пониманію aequitas, или рѣшеніе англійскаго канцлера сообразно equity, обезпечивалось государствомъ принудительными мѣрами, то и рѣшеніе по совѣсти римскаго претора или англійскаго канцлера ничто не помѣшало бы включить въ серію источниковъ права. Тоже самое можно было бы сказать и относительно пареченія к.-л. религіознаго авторитета, напр. Библіи, Корана, Талмуда и пр., или же к.-л. юридическаго сборника, какъ, напр.; Corpus'а Юстиніана, Шаріата, Хидая и т. п., или мнѣнія великаго юриста, а тѣмъ болѣе «communis opinio doctorum» и т. п. Все это, поскольку оно пользуется обезпеченіемъ государства, должно было бы признаваться правомъ.

Продолжительное существованіе, широкое признаніе и политическое значеніе доктрины государственнаго происхожденія права ставятъ соціолога въ необходимость уразумѣть ее въ исторической перспективѣ развитія общества. Чистая же критика, хотя и разрушила самыя основы этой теоріи [1]), однако, оставила открытымъ вопросъ о причинахъ, вызвавшихъ ее къ жизни.

Для разрѣшенія этого вопроса намъ, однако, предварительно необходимо указать юридическое значеніе понятія источника права. Къ какому бы направленію мы не принадлежали—психологическому или позитивно-юридическому—легко согласиться, что источникъ права по существу есть ни что иное, какъ нормоустанавливающій или нормоотрицающій авторитетъ, велѣніямъ или сужденіямъ котораго присуща обязательная правовая сила. Нормы, опирающіяся на такой авторитетъ или совокупность авторитетовъ, образуютъ то, что мы называемъ положительнымъ правомъ даннаго государства. Сообразно различію этихъ авторитетовъ мы классифицируемъ нормы положительнаго права на право обычное (авторитетъ—обычай), на право законное (авторитетъ—законъ), на право прецедентное (авторитетъ—судебная практика) и т. п.

Чтобы не вызвать разногласія въ дальнѣйшемъ изложеніи, я условно принимаю еще одинъ признакъ понятія источника права: его официальное признаніе органами государственной власти, въ частности судами [2]), при отправленіи ими своихъ обязанностей или осуществленіи правъ. Конкретно говоря, если судья ссылается въ своемъ рѣшеніи на право quod natura omnia animalia docuit (Def. «jus naturale» Ulpiani; Dig. I, I, 1), если его рѣ-

[1]) См. напр. Л. І. Петражицкаго. Теорія права и государства. Т. I, гл. III, § 18.

[2]) Ср. К. Н. Соколовъ. Парламентаризмъ. СПБ. 1912, стр. 397 и Kelsen, H. Hauptprobleme des Staatsrechtslehre, s. 236.

Digitized by Google

шеніе не кассировано за эту ссылку, я вправѣ считать источниками права и нормы природы. Въ смѣлости признанія нормъ природы или разума источниками права я, впрочемъ, не буду итти далѣе, скажемъ, австрійскаго законодателя, который въ гражданскомъ кодексѣ 1811 г. управомочиваетъ судью въ слѣдующемъ: «если... дѣло остается сомнительнымъ, то оно должно быть рѣшено въ согласіи съ естественнымъ правомъ, на основаніи должнаго изслѣдованія обстоятельствъ даннаго случая, тщательно собранныхъ и основательнымъ образомъ взвѣшенныхъ» [1]).

Юридическій смыслъ источника права или нормативнаго авторитета заключается въ томъ, что велѣнія или сужденія этого авторитета признаются, считаются обязательными для лицъ и учрежденій. Слѣдовательно, самымъ сокровеннымъ зерномъ источника права, душой его, является свойство обязыванія. Но что можетъ значить «свойство обязывать», какъ не фактъ властвованія извѣстнаго авторитета въ личной или общественной жизни. Если это властвованіе касается вопросовъ права, то мы имѣемъ передъ собою власть правовую, если вопросовъ нравственности—передъ нами нравственный авторитетъ, вопросовъ религіи—религіозная власть и т. п. Отнимите у источника права его свойство обязывать другихъ лицъ, властвовать надъ ними, и источникъ права перестанетъ существовать, сдѣлается фактомъ, явленіемъ, лишеннымъ всякаго нормативнаго значенія. Манифестъ 17-го октября именно потому не есть источникъ права для китайскихъ мандариновъ, что Монархъ, издавшій его, не обладаетъ верховной властью въ Китайской имперіи.

Юридическое значеніе революціи въ томъ и заключается, что подвластные отказываютъ въ юридической силѣ обязыванія государственной власти, перестаютъ считать ее нормативнымъ авторитетомъ и утверждаютъ власть за новыми лицами и учрежденіями, предоставляя имъ власть издавать нормы.

Конечно, проблему власти нельзя исчерпать одной пассивной стороной [2]) ея—сознаніемъ или, правильнѣе, чувствомъ зависимости подвластныхъ. Справедливо утверждаетъ С. А. Котляревскій [3]),

[1]) Приведено у П. Г. Виноградова. Очерки по теоріи права. М. 1915 г., стр. 148.

[2]) Пассивную сторону проблемы власти съ поразительной яркостью и силою разработалъ Н. М. Коркуновъ въ монографіи «Указъ и Законъ» гл. III. СПБ. 1894. Его ошибка въ томъ, что онъ видѣлъ власть въ сознаніи зависимости. Сознаніе только оправдываетъ и раціонализируетъ то ирраціональное, лежащее ниже порога сознанія, что составляетъ сущность зависимости.

[3]) С. А. Котляревскій. Власть и право. М. 1915, стр. 16.

Digitized by Google

что должна быть и ея активная сторона — «воля къ власти», способность и желаніе властвовать. Все же, повидимому, главную роль играетъ пассивная сторона, ибо трудно предполагать, что тотемъ, напр., имѣлъ бы «волю къ власти», въ то время какъ юридическое значеніе его огромно для тотемистическихъ группъ. Точно также нельзя видѣть никакой воли къ власти въ Corpus juris civilis, хотя онъ и властвовалъ на протяженіи сотенъ лѣтъ, и не только въ области частныхъ, но и публичныхъ правоотношеній. Такимъ образомъ, зависимость между нормоустанавливающимъ авторитетомъ и властью заключается въ томъ, что извѣстному общественному авторитету приписывается, «вмѣняется» широкимъ народнымъ правосознаніемъ вообще и въ частности офиціально-государственными органами власть устанавливать юридическія нормы [1]).

Кельзенъ думаетъ, что «всѣ линіи вмѣненія могутъ быть соединены въ одномъ общемъ, мыслимомъ внѣ опредѣленнаго физическаго субъекта, пунктѣ. Индивиды, черезъ которыхъ проходитъ это своеобразное вмѣненіе, суть государственные органы, а точка касанія всѣхъ линій вмѣненія, исходящихъ отъ дѣяній, квалифицируемыхъ, какъ дѣйствія органовъ, есть государственная воля [2]). Борнгакъ [3]) находилъ эту «точку касанія» въ личности монарха, стоя на «реалистической» точкѣ зрѣнія. У обоихъ ихъ въ конечномъ итогѣ долженъ былъ мыслиться одинъ нормативный авторитетъ.

Но что дѣлать, если ихъ много? Сказать «тѣмъ хуже для фактовъ», какъ это говорилъ ихъ великій соотечественникъ, или же, можетъ быть, можно видѣть за этими конструкціями результатъ длинной общественной эволюціи, за теоретическимъ положеніемъ urbi et orbi видѣть не истину теоріи, а политическое домогательство, стремленіе сосредоточить общественную власть и монополизировать правотворчество? Отвѣтъ дастъ послѣдующее. Не предрѣшая отвѣта исторіи, можно, однако, заранѣе, на основаніи сдѣланнаго анализа понятія источника права, утверждать, что если общественно-правовая власть не сосредоточена въ единую верховную государственную власть одного лица, если, далѣе, эта государственная власть не является исключительнымъ, подавляющимъ своимъ внутреннимъ совершенствомъ, нормативнымъ авто-

---

[1]) Къ сожалѣнію, эта статья была уже написана и отправлена, когда появилась книга Б. А. Кистяковскаго: Соціальныя науки и правъ». По этой причинѣ я не могъ коснуться его очень цѣнныхъ методологическихъ и др. положеній о власти и авторитетѣ (см. стр. 451—477).

[2]) Kelsen. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, s. 183 Tübingen 1911.

[3]) Bornhak. Allgem. Staatslehre. Berlin 1896. S. 38: «Не право монарха вытекаетъ изъ конституціи, а конституція изъ его воли».

Digitized by Google

ритетомъ, то источниковъ права будетъ много: столько, сколько есть превосходящихъ, равноцѣнныхъ или равносильныхъ авторитетовъ. И этотъ авторитетъ вовсе не долженъ быть человѣкомъ, физическимъ лицомъ: юридически — обязывающую власть мы можемъ «вмѣнить» и юридическому лицу. Рѣшенія Supreme Court of Calcutta о наслѣдованіи земли и другихъ хозяйственныхъ благъ, о всякаго рода договорахъ и т. п. на основаніи «законовъ и обычаевъ Магометанъ» [1]) доказываютъ, что юридическимъ авторитетомъ могутъ пользоваться и силы сверхчеловѣческія, основатели религій и пророки и пр.

## II.

Западный міръ V—VI вѣка представлялъ собою необычайную пестроту общественныхъ отношеній, сложную смѣсь кельто-римско-германскихъ народовъ, агломератъ разнообразнѣйшихъ принциповъ, идей, организующихъ началъ, сложную систему отношеній власти и сферъ ея вліянія.

Corpus Juris Civilis никѣмъ не отмѣненный продолжаетъ быть кодексомъ юридическихъ нормъ, по которымъ живутъ римляне. Церковь, какъ наслѣдница римскихъ преданій и римской культурно-государственной жизни, продолжаетъ также жить римскимъ правомъ (ecclesia vivit lege Romana) и сохраняетъ его въ своихъ нѣдрахъ вплоть до рецепціи римскаго права [2]).

Къ величайшему авторитету rationis scriptae самого по себѣ присоединится еще и высокій авторитетъ Церкви, какъ бы освятившей его собственнымъ пользованіемъ, usus'омъ.

Наряду съ расцвѣтающей церковью на огромномъ пространствѣ, гдѣ еще витаетъ сѣнь римской имперіи, осѣдаютъ варвары-германцы. Столкнувшись съ культурнымъ наслѣдіемъ Рима, они жадно впитываютъ его, не теряя въ то же время и своихъ индивидуальныхъ чертъ. Тацитъ еще пишетъ, что живутъ они каждый по своимъ обычаямъ. Но его же свидѣтельство о томъ, что король совѣщается на вѣчахъ со старѣйшинами или же со всѣмъ взрослымъ населеніемъ, говоритъ, что нормативнымъ авторитетомъ у нихъ пользуется не только обычай, но и законы, если понимать подъ ними постановленія сходовъ. Воспринявъ отъ римлянъ письменность,

---

[1]) Ср. Th. E. Holland. The Elements of Jurisprudence. 9 Ed. London 1905, p. 60—61.

[2]) См. объ этомъ интересную монографію Грабаря, В. Э.: Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій. Юрьевъ 1901 г.

Digitized by Google

варвары поручаютъ «письменнымъ людямъ» составить сборники дѣйствующаго права, куда, надо полагать, вошли столько же нормы обычнаго права, сколько и постановленія сходовъ и т. п. Однако, варвары не замыкаются въ тѣсныхъ племенныхъ границахъ. Между ними также идетъ энергичная борьба за власть. Понятно, что при такой сложности общественныхъ отношеній было наиболѣе разумнымъ со стороны новыхъ господъ положенія предоставить каждому жить по своимъ «законамъ»: римлянину — по римскому праву, франку — по франкскому и т. п.

Послѣдующая эпоха характерна нѣкоторой кристаллизаціей общественныхъ отношеній, выявленіемъ нѣкоторой системы. Карлъ Великій, блестящій завоеватель и тѣсный другъ Римской Церкви, объединяетъ въ своихъ рукахъ огромную территорію отъ Эйдера до Тибра, отъ Эбро до Раабы и Эльбы. И онъ интересенъ не только какъ завоеватель съ внѣшней физической стороны, но, главнее, какъ носитель идеи старой Римской Имперіи. Римская Церковь, искавшая защиты, покровительства и содѣйствія меровингскихъ и каролингскихъ королей, достойно вознаградила своихъ союзниковъ: папа Левъ III въ день Рождества Христова въ 800 г. возлагаетъ на Карла Великаго императорскую корону, и въ его лицѣ воскресаетъ новая Священная Римская Имперія. Фактически она скоро распадается, но юридически и идеологически она живетъ все средневѣковье, а въ видѣ Священной Римской Имперіи Германскаго народа она существуетъ вплоть до 1806 г.

Съ эпохи же Каролинговъ начинается и внутренняя организація имперіи, та стройная іерархическая система политическаго феодализма, которая, по утвержденію историковъ, вся покоилась на договорѣ и обычаѣ. Церковь также перестаетъ быть только духовной организаціей. Упадокъ императорской власти при преемникахъ Карла Великаго способствовалъ возвышенію папской власти. Spiritualia et temporalia разграничивались только вербально, и нормоустанавливающій авторитетъ папы въ свѣтскихъ дѣлахъ, въ частности же Corpus juris canonici, признавался юристами того времени.

Не дѣлая никакого открытія, мы можемъ констатировать, что на исходѣ средневѣковья, на пространствѣ Священной Римской Имперіи, мы наблюдаемъ не единую государственную власть, а нѣсколько общественныхъ властей, ведущихъ между собою жестокую борьбу за власть. Какъ результатъ предыдущаго развитія общества, мы находимъ нѣсколько ясно опредѣлившихся носителей общественной власти: королей, крупныхъ феодаловъ, города, императора и папу. Наличность нѣсколькихъ конкуррирующихъ вла-

Digitized by Google

стей имѣетъ ту обратную сторону, что каждой изъ нихъ принадлежитъ авторитетъ устанавливанія юридическихъ нормъ. Основываясь на исторіи источниковъ права, мы можемъ констатировать слѣдующіе виды ихъ въ эту эпоху: 1) имперскіе законы императора, 2) эдикты и ордонансы королей; 3) декреты папы, а также corpus juris canonici и, какъ первенствующій авторитетъ, Библію [1]), 4) феодальные договоры и то феодальное право, которое собрано въ различныхъ «книгахъ права» (Rechtsbücher), какъ то: «Саксонское Зерцало», приписываемое рыцарю и судьѣ Эйке фонъ Репгову (1226—1235 г.—приблизительное время его составленія), Шваб ское Зерцало (1276—1281), книга права Рупрехта (1328) и т. н. «малое имперское право»—неизвѣстнаго автора. Сюда же необходимо отнести и т.-н. Libri feudorum [2]).

По этого мало. Къ этой же эпохѣ относится то удивительное явленіе, которое извѣстно подъ именемъ реценціи римскаго права, обрѣтенія утерянной великой грамоты, книги, пролежавшей вѣка въ библіотекахъ монастырей, найденной тамъ и силою своего внутренняго совершенства пріобрѣвшей ни съ чѣмъ несравнимую силу нормативнаго авторитета для частныхъ лицъ, царей и народовъ. Говоря о римскомъ правѣ, нельзя забывать и его докторовъ: глоссаторовъ и комментаторовъ, толкованія которыхъ, особенно же communis opinio doctorum, по свидѣтельству дошедшихъ до насъ актовъ и трудовъ, было чрезвычайно важнымъ источникомъ права (что, правда, не отрицаютъ и нѣкоторые современные теоретики права). Свою славу, впрочемъ, они должны раздѣлить съ докторами каноническаго права и комментаторами феодальнаго права.

Если мы ко всему сказанному присоединимъ еще самостоятельность германскихъ и итальянскихъ городовъ, впервые провозгласившихъ себя civitatibus, superiorem non reconoscentibus, и имѣвшими свои собственные источники права (напр., Магдебургское, Кельнское, Любекское и т. н. городское право), если будемъ имѣть въ виду, что и обычай не терялъ своего значенія,—то для насъ будетъ совершенно яснымъ все многообразіе источниковъ права. Самый поверхностный юридическій анализъ этихъ источниковъ убѣдитъ насъ, что ихъ никакъ нельзя вмѣстить въ Прокрустово ложе закона и обычая: прежде всего, внѣ этихъ категорій оста-

[1]) Ср. Ehrlich. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. I Theil, s. 200—202. Berlin 1902. Грабарь. Цит.-соч., стр. 20, пр. 1.

[2]) Ср. Zöpfl. Deutsche Staats und Rechtsgeschichte, 2 Ausg. B. II, § 1—20; Eichhorn. Deutsche Staats und Rechtsgeschichte. 5 Ausg. B. I § 29—44 und § 142—157.

Digitized by Google

нутся различныя «книги права»: «правды», «зерцала», corpus juris civilis и т. п. Всѣ онѣ составлены частными лицами, черпавшими правовой матеріалъ изъ самыхъ разнообразныхъ источниковъ. С. J. C. также надо признать правовымъ сборникомъ частнаго лица, ибо очевидно, что Юстиніанъ для эпохи рецепціи былъ не императоромъ, а частнымъ лицомъ, сборникъ права котораго не имѣетъ никакого офиціальнаго значенія.

Наличность въ средневѣковьѣ двухъ универсальныхъ властей—папы и императора, а также религіозный характеръ эпохи дѣлаетъ возможнымъ существованіе въ качествѣ общаго источника права предписаній папы (decretales), постановленій соборовъ, кананическаго права и Библіи. Разумѣется, къ этимъ источникамъ также не приложимы трафареты государственной теоріи права.

Государственные акты, судебныя рѣшенія и т. п. безспорно подтверждаютъ обязательный характеръ перечисленныхъ источниковъ права въ разбираемую эпоху, какъ въ частныхъ, такъ и въ публично-правовыхъ отношеніяхъ. Такъ, напримѣръ, въ извѣстной «Запискѣ о правахъ Эдуарда III на французскій престолъ», [1]) представленной имъ въ 1344 г. папѣ Клименту VI для рѣшенія имъ въ качествѣ третейскаго судьи спора о французскомъ престолѣ между Эдуардомъ III и Филиппомъ VI,—мы находимъ полное подтвержденіе сказаннаго. Каждая деталь въ ней подкрѣпляется ссылками на римское и каноническое право, на libri feudorum, мнѣнія ученыхъ юристовъ (Іоаннъ Андрей, Іоаннъ Монахъ, Гвидо, Клементинъ и пр.), есть также одна ссылка и на Евангеліе.

Договоръ, какъ источникъ феодальнаго права, признается всѣми историками права. Въ данномъ мѣстѣ я хотѣлъ бы обратить вниманіе на юридическую природу нѣкоторыхъ актовъ этого рода. Къ нимъ совершенно не приложимо понятіе закона, хотя нѣкоторыя изъ нихъ и сейчасъ, черезъ 7 вѣковъ, являются источниками дѣйствующаго государственнаго права. Я говорю о такихъ актахъ, какъ Великая Хартія Вольностей 1215 г., Золотая Булла 1228, аррагонская привилегія уніи 1287 г. и др. Всѣ эти акты были заключены при, приблизительно, одинаковыхъ условіяхъ. Для характеристики остановлюсь на одномъ изъ нихъ.

Іоаннъ Безземельный своими войнами и поборами довелъ Англію до глухого недовольства. Это скрытое недовольство вылилось въ открытое возстаніе, закончившееся, какъ извѣстно, свиданіемъ 15-го іюня 1215 г. in prato quod vocatur Runingmedo, гдѣ король подписалъ и именемъ Божіимъ поклялся соблюдать предложен-

[1]) В. Э. Грабарь. Назв. соч., прилож. II.

Digitized by Google

ныя ему отъ имени бароновъ и пр. capitulae (Magna Charta libertatum). Ст. 65 этой хартіи уполномочиваетъ бароновъ избрать изъ своей среды 25-ти членную комиссію [1]), которая должна слѣдить за исполненіемъ королемъ принятыхъ на себя обязательствъ, напоминать ему о замѣченныхъ нарушеніяхъ и въ крайнемъ случаѣ объявлять народъ свободнымъ отъ повиновенія. Ст. 61. предоставляетъ право сопротивленія королю баронамъ и общинамъ [2]).

Въ этомъ актѣ мы видимъ всѣ элементы договора [3]): 1) два контрагента, изъ которыхъ одинъ 2) дѣлаетъ предложенія, а другой 3) акцентируетъ ихъ: далѣе, стороны приходятъ 4) къ окончательному соглашенію относительно всѣхъ пунктовъ сдѣлки и 5) надлежащимъ образомъ выражаютъ свою волю.

Интересный примѣръ «парламентскаго договора» представляетъ Англія 1643 г., когда «Шотландскій парламентъ связываетъ себя обязательствомъ придти на помощь англійскому подъ условіемъ, если послѣдній въ свою очередь поклянется сохранить въ Шотландіи пресвитеріанскую церковь (Kirk) и реформировать англійскую согласно «Священному Слову Божью»... Желаніе шотландцевъ было исполнено, ковенантъ былъ принятъ (сент. 1643), и они перевели черезъ Твидъ (Tweed)... отрядъ въ 10—15 т. человѣкъ въ помощь парламенту» [4]).

Многообразіе источниковъ права не ограничивается разбираемой эпохой. Оно живетъ и въ послѣдующихъ вѣкахъ, и даже «просвѣщенному абсолютизму» не удалось монополизировать правотворчество. Документальное подтвержденіе тому мы можемъ найти въ судебныхъ рѣшеніяхъ Reichskammergericht'a и въ судебныхъ рѣшеніяхъ парижскаго и др. парламентахъ старой Франціи, а также въ ихъ ремонтрансахъ. Сошлюсь на труды Ф. В. Тарановскаго, который имѣлъ возможность изучить соотвѣтственныя рѣшенія по сборникамъ рѣшеній за нѣсколько вѣковъ [5]).

Подводя итоги, мы должны прежде всего констатировать полное согласіе приведеннаго матеріала съ даннымъ выше опредѣленіемъ источника права и высказанными предположеніями. Дѣй-

---

[1]) Іерусалимскіе ассизы предусматриваютъ церковнаго судью, объявляющаго короля внѣ закона. См. С. А. Котляревскій, назв. ссч., стр. 187—188.

[2]) Ср. «Золотую Буллу» короля Андреи ст. 31.

[3]) Такъ понимаетъ этотъ актъ и А. Д. Градовскій. Соб. соч., т. IV, стр. 102, 104, 105. СПБ. 1900 г.

[4]) М. М. Ковалевскій. Исторія Великобританіи, стр. 642. Спб. 1911.

[5]) Ѳ. В. Тарановскій. Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи. Варшава 1904 г.; его-же Догматика положительнаго госуд. права во Франціи при старомъ порядкѣ. Юрьевъ 1911 г.

Digitized by Google

ствительно, въ разбираемую эпоху единая власть, хотя бы только въ свѣтскихъ дѣлахъ, отсутствуетъ. Общественная власть разорвана на двѣ части у самой вершины и еще болѣе дробится при протяженіи внизъ. Каждая власть относительна, сфера ея дѣйствія неопредѣленна, ея цѣнность условна. Такому состоянію власти вполнѣ соотвѣтствуетъ ея юридически-нормативный авторитетъ. Источники также многообразны, объемъ ихъ неустойчивъ. Однако, оба круга не совпадаютъ. Источниковъ права б о л ь ш е, чѣмъ видовъ власти. Даже въ официально-государственной жизни мы видимъ дѣйствіе самощѣнныхъ источниковъ права (напр., Corp. Jur. Civ.).

Разумѣется, что при такомъ состояніи общественной власти и источниковъ права соціологически не допустимо появленія ученія, которое бы утверждало, что государство есть единственный творецъ права, и законъ, по существу, есть единственный источникъ права.

Можно предположить, что подобное ученіе можетъ появиться только тогда, когда общественная власть находится въ процессѣ сосредоточенія въ единую верховную государственную власть, независимую на пространствѣ извѣстной территоріи ни отъ какой другой власти. Этому предмету и посвящена слѣдующая глава.

## III.

Въ интересномъ очеркѣ о монархическомъ принципѣ А. С. Алексѣевъ, между прочимъ, указываетъ, что исходною мыслью германскихъ ученыхъ является идея о томъ, что «власть государства предшествуетъ его праву: она является той естественной, первичной, непроизводимой силой, которая порождаетъ всякое право и всякую власть, и которая поэтому не можетъ быть связана правомъ» [1]). Возражая противъ этого, авторъ, совершенно справедливо, отмѣчаетъ что ранѣе современной формы государства были общественныя организаціи, а, слѣдовательно, и было право. Авторъ указываетъ на процессъ сосредоточиванія законодательныхъ и судебныхъ функцій въ рукахъ государственной власти, особенно усилившійся въ эпоху абсолютизма. «Подъ вліяніемъ результатовъ этой эволюціи—продолжаетъ авторъ—слагается представленіе, по которому государство является единственнымъ очагомъ право-

[1]) А. С. Алексѣевъ. Къ вопросу о юридической природѣ власти монарха въ конституціонномъ государствѣ. Ярославль 1910, стр. 42.

Digitized by Google

творства и монополистомъ принудительной власти... Государственная власть становится въ глазахъ теоретиковъ права исключительнымъ источникомъ, единственнымъ творцомъ юридическихъ нормъ, и этимъ самымъ становится внѣ права и надъ правомъ».

Каковы же главные этапы этой эволюціи, которая привела отъ наличности и сознанія многообразія источниковъ права къ ученію о государствѣ, какъ единственномъ творцѣ права.

Для этого мы должны вновь вернуться въ эпоху средневѣковья и обратить свое вниманіе на тотъ соціально-политическій процессъ, который совершается во Франціи.

Послѣ грандіозной попытки Карла Великаго возстановить въ своемъ лицѣ римскую имперію, при его преемникахъ, она фактически распадается, хотя юридически и сохраняетъ свою цѣлость въ послѣдующіе вѣка. Французскіе короли чувствуютъ себя почти независимыми отъ императора, хотя ихъ войскамъ и легистамъ еще долго приходится доказывать эту независимость. Главное свое вниманіе короли обращаютъ на феодализмъ. Съ XII вѣка они приступаютъ къ «собиранію земли» среди феодаловъ, изъ которыхъ многіе были могущественнѣе самого короля. Мы знаемъ, какъ велось это собираніе. Короли прибѣгали ко всякимъ средствамъ, дабы округлить и увеличить свой доменъ. Здѣсь и сила, и дальновидные браки, и наслѣдованіе, и вымогательство и т. п. Въ XIII вѣкѣ собираніе обнаруживаетъ уже большіе успѣхи. Хотя юристъ этого вѣка, Бомануаръ, еще пишетъ: «Cascuns baron est sovrains en sa baronie», но уже въ XV вѣкѣ терминъ «sovrain» прилагается только къ королю. Не менѣе удачно складываются ихъ отношенія къ папѣ. Столкновеніе съ Филиппомъ Красивымъ заканчивается для папства позоромъ и униженіемъ, отъ котораго оно уже не подымается на прежнюю высоту. Съ этого времени во Франціи возникаетъ огромная литература, отстаивающая независимость свѣтской власти отъ папы, имѣя въ средѣ своей такого блестящаго представителя, какъ Марсилій Падуанскій.

На исходѣ XIV вѣка и въ началѣ XV короли Франціи оказываются уже фактически независимыми и отъ императора, и отъ папы; они сломили также мощь феодаловъ и такимъ образомъ изъ борьбы за власть вышли побѣдителями. Конечно, процессъ еще далеко не завершился. Даже въ XVI вѣкѣ Castaldus [1]) утверждаетъ, что Rex Franciae licet etiam de jure non subesset imperatori, non tamen ipse est alter imperator; папы еще долгое время будутъ предъявлять nudum jus на свѣтскую власть, генеральные штаты, какъ

[1]) Еллинекъ. Право современнаго государства, стр. 241, р. п. 1903 г.

Digitized by Google

сословно-организованное ограниченіе королевской власти, просуществуютъ до 1614 г., однако, уже съ конца XV вѣка королевская власть разсматривается, какъ suprema potestas и по отношенію къ королю формулируются такія положенія, какъ Le roy ne tient de nullui fors le Dieu et luy. Si veut le roy, si veut la loy. Toute justice émane de roy. Fief et justice n'ont rien de commune [1]) и пр.

Грассейль въ 1513 г. уже учитъ, что французскій король de jure и de facto не имѣетъ надъ собою высшей власти. Онъ «imperator et monarcha in suo regno», верховный судья, могущій отмѣнить рѣшенія всѣхъ низшихъ судовъ. Онъ даже «est in regno tamquam quidem corporalis Deus» [2]).

Борьба за монархическій суверенитетъ велась «не только оружіемъ королевскихъ войскъ, но и перомъ легистовъ». Послѣдніе въ качествѣ парламентскихъ судей въ своихъ рѣшеніяхъ шагъ за шагомъ отвоевывали въ пользу короля все новыя и новыя права [3]).

На ихъ рѣшеніяхъ, постановленіяхъ и ремонстрансахъ мы можемъ непосредственно наблюдать чрезвычайно оригинальный процессъ вытѣсненія однихъ источниковъ права другими подъ вліяніемъ политическихъ убѣжденій судей. Сознавая многообразіе источниковъ права, французскіе легисты, однако, въ пользованіи ими систематически проводили одну тенденцію: **исключать и выбрасывать всѣ тѣ нормы, которыя противорѣчили идеѣ монархическаго суверенитета** [4]). Дѣятельнаго помощника при проведеніи этой тенденціи они находили въ римскомъ правѣ [5]).

Легисты были въ то же время и романисты. И въ римскомъ правѣ они находили право монархическое, годное для борьбы и съ феодализмомъ, и съ папствомъ и со всѣми тѣми нормативными авторитетами, которые шли въ разрѣзъ съ монархическимъ суверенитетомъ.

Было бы, конечно, несправедливостью не отмѣтить здѣсь, что парламенты также стремились направлять дѣятельность монарха по руслу законности. Парламенты энергично боролись за соблюденіе королями «основныхъ законовъ» королевства [6]), т.-е. тѣхъ основныхъ принциповъ французской монархіи, которыя были установлены практикой парламента. Надо ли говорить, что эти благія

---

[1]) Палієнко, Н. И. Суверенитетъ, гл. II, § 1. Ярославль, 1903 г.

[2]) Еллинекъ. Цит. соч., стр. 297.

[3]) Ѳ. В. Тарановскій. Догма, стр. 296.

[4]) Ibidem. Стр. 264—275 пр. 1 и др.

[5]) Кромѣ указанной книги Ѳ. В. Тарановскаго см. A. Bardoux. Les légistes. Paris. 1877.

[6]) О нихъ см. Монтескье: Духъ законовъ, стр. 20, пр. 6, р. п. 1900 г.



Digitized by Google

стремленія парламентовъ въ значительной части, если не вовсе, парализовались ихъ же собственнымъ стремленіемъ укрѣпить монархическій принципъ, поставить королевскій суверенитетъ выше законовъ, обычаевъ, папскихъ буллъ и пр. Мы знаемъ, что такъ и случилось.

Такимъ образомъ, парламентская практика шла въ полномъ согласіи съ фактическимъ ростомъ абсолютной власти королей. Частными рѣшеніями, общими постановленіями и представленіями парламентаріи отвоевывали въ пользу короля правовую власть, какъ у феодаловъ, такъ и у папъ. Въ ихъ практикѣ впервые складывается то воззрѣніе, что королю принадлежитъ верховная, суверенная власть, что эта власть едина и абсолютна: что король есть единственный источникъ всякаго права и правосудія и т. п.

Въ такой атмосферѣ появляется трактатъ Бодена, какъ бы синтетизирующій все предыдущее развитіе общественной власти и нормативныхъ авторитетовъ. Душою его трактата является понятіе государственной власти, ученіе о суверенитетѣ и его «истинныхъ признакахъ». Онъ рѣшительно отвергаетъ старый эллино-римскій идеалъ смѣшаннаго государственнаго устройства. По его мнѣнію формы государственнаго устройства могутъ быть только простыми, управленіе можетъ быть и смѣшаннымъ [1]). Въ этой части его ученія нельзя не видѣть желанія подвести теоретическій фундаментъ подъ совершающійся фактъ роста самодержавія, т.-е. той формы государственнаго устройства, гдѣ, выражаясь словами другого абсолютиста—Боригака, «все государственное право и обязанность воплощаются (sich verkörpert) въ особѣ монарха, онъ самъ есть государство».

Еще болѣе характерно для эпохи Бодена ученіе его о государственной власти. Суверенитетъ онъ понимаетъ, какъ совокупность верховныхъ правъ госуд. власти. «Суверенитетъ есть безусловная и постоянная власть государства» [2]). Она не можетъ быть ограничиваема ни временемъ, ни другой какой-либо властью, ни опредѣленными условіями. Суверенемъ является лишь тотъ, кто не знаетъ надъ собою ничего болѣе высокаго, кромѣ Бога; поэтому суверены ни въ коемъ случаѣ не могутъ быть связаны повелѣніями другихъ лицъ. Наоборотъ, они сами издаютъ, отмѣняютъ и измѣняютъ законы. Самъ законъ есть ничто иное, какъ повелѣніе суверена, не связывающее только его самого. Даже значеніе обычая Боденъ ограничиваетъ допущеніемъ закона. Изъ приведенныхъ строкъ не

[1]) I. Bodin. Les six livres de la republique. Paris 1577. L. II., ch. I. et ch. VII. Особенно стр. 334—335, 347, а также ст. 353—354.

[2]) Op. cit., l. I, ch. 9, p. 188 и слд.

Digitized by Google

трудно убѣдиться, что уже у Бодена мы находимъ основныя положенія госуд. теоріи права, особенно въ томъ ея видѣ, въ какомъ она представлена «реалистическимъ» направленіемъ. Суверенный государь у Бодена изъ полноты своей власти творитъ все право, обязательное для всѣхъ, кромѣ его самого. Только естественное и божеское право и отчасти «основные законы» легистовъ ограничиваютъ суверена. Если мы, вмѣсто конкретной личности суверена, поставимъ юридическую личность государства, то предъ нами будетъ та же теорія въ ея относительно лучшемъ видѣ.

Несравненно болѣе подробно госуд. теорія права (не безъ вліянія Бодена) разработана черезъ 80 лѣтъ Гоббзомъ—свидѣтелемъ и современникомъ послѣднихъ этаповъ борьбы Стюартовъ съ парламентомъ и народомъ. Какъ извѣстно, Гоббзъ, слѣдуя средневѣковымъ юристамъ, различаетъ законы естественные и положительные. Подъ естественными законами онъ понималъ предписанія разума, теоремы, служащія благу людей. Онъ отмѣчаетъ, что ихъ можно называть законами не въ собственномъ, а переносномъ значеніи [1]). Естественные законы только «совѣтуютъ, гражданскіе же приказываютъ». «Гражданскій законъ, говоритъ Гоббзъ, есть правило, постановленное государствомъ словесно, или к.-н. инымъ соотвѣтственнымъ образомъ для обязательнаго руководства гражданъ при различеніи добра и зла, т. е. того, что согласно съ этими законами и что противно ему» [2]). Для насъ особенно важны тѣ выводы, которые дѣлаетъ Гоббзъ изъ этого опредѣленія: 1. «Правительство есть единственный законодатель», что вытекаетъ изъ нераздѣльной верховной власти государства, которая у Гоббза по разуму государственнаго союза, какъ мы знаемъ, принадлежитъ монарху. 2. «Правительство не подлежитъ (лучше перевести «не подчинено»—Н. Т.) гражданскимъ законамъ». «Оно внѣ закона», что вытекаетъ все изъ той же сущности суверенитета. 3. «Законная сила давняго обычая основана вовсе не на давности его, а на волѣ правительства, которое выражаетъ согласіе на него тѣмъ самымъ, что не запрещаетъ его, какъ вообще молчаніе нерѣдко бываетъ знакомъ согласія». Въ этомъ выводѣ легко замѣтить тоже противорѣчіе, которое мы отмѣтили для современной теоріи. Если даже правительство и выражаетъ согласіе, то все же обычай появляется внѣ и помимо воли законодателя, а слѣдовательно оно и не есть «единственный законодатель».

[1]) Th. Hobbes. Leviathan, кн. I, гл. 15, русск. пер. В. Зайцева. 1868 г.
[2]) » » кн. II, гл. 26.



Digitized by Google

Изъ послѣдующихъ выводовъ отмѣчу только 8-ой, гдѣ говорится, что «государство, будучи представляемо однимъ лицомъ, не можетъ противорѣчить самому себѣ; поэтому оно одно и можетъ толковать, исправлять и передѣлывать законы».

На Гоббзѣ нашъ короткій очеркъ долженъ прерваться, ибо дальнѣйшіе этапы монархической программы французскихъ легистовъ извѣстны. Такъ, П. Г. Виноградовъ отмѣчаетъ въ цитированной уже книгѣ связь ученія Гоббза съ англійской аналитической школой Остина[1]). Что касается судебъ этой теоріи на континентѣ, то она возрождается во Франціи вмѣстѣ съ реставраціей монархіи въ хартіи 1814 г. Людовика XVIII. Дальнѣйшее ея распространеніе и вліяніе на германскихъ ученыхъ разработано въ указанномъ очеркѣ А. С. Алексѣева, а также въ его послѣдней статьѣ, напечатанной незадолго до смерти [2]).

Остается лишь подвести итоги.

У Гоббза, какъ и у современныхъ приверженцевъ государственной теоріи права, мы находимъ ограниченіе всего права только правомъ положительнымъ, причемъ положительное право понимается, какъ предписанія государственной власти; у Гоббза и современныхъ теоретиковъ права источниками права признаются только законъ—въ полномъ согласіи съ опредѣленіемъ права, и обычай—въ явномъ противорѣчіи съ такимъ пониманіемъ права; и тамъ и здѣсь государство не только творецъ права, но государственная власть поставлена надъ правомъ, «превыше права». Разница между Гоббзомъ и современной доктриной заключается лишь въ томъ, что положенія Гоббза были и для него и для насъ **политической программой, требованіемъ должнаго съ точки зрѣнія монархическаго принципа**, между тѣмъ какъ современные теоретики права сами убѣждены и желаютъ убѣдить другихъ, что положенія ихъ доктрины есть **теорія, фактически правильная для всѣхъ временъ и народовъ, чуждая скрытыхъ или явныхъ политическихъ тенденцій.**

Все вышеизложенное доказываетъ, по крайней мѣрѣ для прошлаго, что эти утвержденія едва ли имѣютъ опору въ объективныхъ данныхъ исторіи, какъ относительно источниковъ права и отношенія права къ государству, такъ и относительно вліянія исторической атмосферы на выработку означенной теоріи. Что же касается

[1]) Черезъ посредство **I. Бентама.** Ср. **П. Покровскій**: Бентамъ и его время. Пг. 1916 г. Стр. 554—570.

[2]) «**Юрид. Вѣстникъ**», кн. XIII, стр. 82 и слл: Доктрина монархическаго принципа во Франціи въ эпоху реставраціи.

Digitized by Google

настоящаго, то и здѣсь намъ придется согласиться съ Л. І. Петражицкимъ и П. Г. Виноградовымъ, что источники права далеко не исчерпываются рамками закона, обычая и, въ лучшемъ случаѣ, судебной практики. Относительно Англіи и Америки, впрочемъ, и современная доктрина не отрицаетъ ихъ «своеобразія»[1]). Но и въ континентальныхъ государствахъ далеко не все обстоитъ благополучно[2]). И здѣсь обстоятельное изслѣдованіе положенія дѣлъ дало бы гораздо больше, чѣмъ простое отрицаніе по трафарету школы. Можно во всякомъ случаѣ рѣшительно утверждать, что фактически полной монополизаціи правотворчества нигдѣ не было, да и быть не можетъ. Самый «просвѣщеннѣйшій абсолютизмъ» не въ силахъ справиться съ этой задачей въ особенности въ такихъ колоссахъ, какъ Великобританія и Россія, гдѣ живутъ и до сихъ поръ народности чуть ли не различныхъ геологическихъ эпохъ.

Во всякомъ случаѣ государственная теорія имѣетъ долю истины въ томъ отношеніи, что въ нашу эпоху параллельно значительной концентраціи власти въ рукахъ государства законъ играетъ огромную, подавляющую роль, какъ нормативный авторитетъ. Однако, мы должны, прежде всего, твердо помнить, что это явленіе только историческое, правильное только для нашей эпохи; затѣмъ не надо забывать что параллельно этому процессу монополизаціи правотворчества, идетъ процессъ обособленія извѣстныхъ родовъ дѣятельности отъ регулированія государственной властью. Когда говорятъ, что право есть норма внѣшняго поведенія, то это положеніе надо принимать только какъ историческую категорію, ибо государство въ свое время регулировало и внутреннее поведеніе. Оно предписывало подданнымъ и религіозныя убѣжденія, и научное міровоззрѣніе и т. п. Костеръ Галилея и формула «cuius regio eius religio», Торквемада и законодательство «просвѣщеннаго абсолютизма»—тому вѣчный и назидательный свидѣтель. Вотъ почему и ученіе Томазія, ставшее основаніемъ для послѣдующихъ попытокъ разграниченія права и нравственности, надо понимать не иначе, какъ результатъ борьбы за религіозную свободу и слѣдовательно, какъ историческую категорію.

*Н. Тоцкій.*

---

[1]) Ср. характерное замѣчаніе Еллинека о законодательной функціи судей. Ук. соч., стр. 405.

[2]) См. мою работу: «Кризисъ въ наукѣ государственнаго права». СПБ. 1914.

Digitized by Google

# Военное занятіе непріятельской земли.

(Occupatio bellica).

I.

Никогда еще вопросъ о юридической природѣ военной оккупаціи и о тѣхъ правахъ и обязанностяхъ, какія она налагаетъ на населеніе занятой территоріи и на правительство оккупанта не стоялъ такъ остро, какъ въ теперешнюю войну. Съ тѣхъ поръ, какъ существуетъ институтъ occupatio bellica отличный съ одной стороны отъ завоеванія и присоединенія непріятельской территоріи, а съ другой стороны отъ простого (болѣе или менѣе мимолетнаго) нашествія, еще никогда подъ властью оккупантовъ не находилось столько земель съ многомилліоннымъ населеніемъ и никогда оккупація не продолжалась такъ долго, какъ въ настоящую войну.

Больше двухъ лѣтъ тому назадъ, а именно, 26-го августа 1914 г. приказомъ, даннымъ германскимъ императоромъ въ главной квартирѣ, былъ назначенъ генераломъ-губернаторомъ Бельгіи фельдмаршалъ фонъ-деръ-Гольцъ-паша. Это назначеніе было опубликовано 5-го сентября въ «Bulletin officiel des lois et arrétes pour le territoire belge occupé». За три дня передъ тѣмъ, учреждаемое оккупаціонное правительство обратилось къ населенію Бельгіи со слѣдующимъ воззваніемъ: «Германскія арміи побѣдоносно идутъ во Францію. Наша же задача—въ сохраненіи спокойствія и общественнаго порядка въ бельгійской территоріи. Всякое сопротивленіе или бунтъ противъ германской администраціи будетъ безжалостно (sans pardon) сломлено. Суровая военная необходимость принуждаетъ наказывать за враждебныя дѣйствія не только виновныхъ, но и невинныхъ»... [1]).

«Легко себѣ представить, — пишетъ бывшій Batonniere de l'Ordre des avocats de Bruxelles Ch. Dejongh—какое впечатлѣніе должно было произвести это воззваніе оккупаціонныхъ властей на

[1]) Charles Dejongh «La Belgique et l'occupation allemande» въ «Bibliothéque universelle et Revue Suisse» Decembre 1915 p. 491.

Digitized by Google

привыкшее къ конституціоннымъ гарантіямъ и не испытывавшее ранѣе тяжести военнаго положенія, населеніе Бельгіи. Еще до того, германцы начали производить реквизиціи и налагать контрибуціи. 20-го августа, когда непріятельская армія вошла въ Брюссель, на населеніе этого города была наложена обязанность въ теченіе четырехъ дней собрать 246,000 килограммовъ хлѣба; 150,000 — муки; 227,000—мяса; 102,000—риса и сухихъ овощей; 1,224,000 — овса,—а также картофель, кофе, сахаръ, соль, какао, чай въ достаточномъ количествѣ для нѣмецкой арміи и 90,000 литровъ вина. По донесенію отъ 18 марта 1915 г. Кастелейна, исполнявшаго обязанности предсѣдателя торговой палаты въ Антверпенѣ, нѣмцы реквизировали тамъ разнообразныхъ продуктовъ на 85 милліоновъ франковъ. Изъ нихъ 80% не были совсѣмъ оплачены и изъ этихъ 80% на 92% даже не были выданы квитанціи[1]).

Къ этимъ реквизиціямъ нужно прибавить то, что нѣмцы вывезли къ себѣ на родину самые разнообразные продукты бельгійской промышленности, начиная съ машинъ и кончая дѣтскими игрушками. «Nieuwe Rotterdamsche Courant» въ номерѣ отъ 24 января 1915 г., сообщаетъ: «земледѣльцамъ ничего не оставляется—ни зерна, ни сѣна, ни соломы, ни скота. Точно также реквизируются произведенія промышленности.» То же сообщаетъ «Telegraaf» отъ 8 янв. 1915 г. «Het Vaderland» отъ 23 янв. 1915 г. и другія нейтральныя газеты.

За реквизиціями шли контрибуціи. 20 августа 1914 г. на Брюссель и его окрестности была наложена контрибуція въ 50,000,000 франковъ, а на провинцію Брабантъ—480,000,000. Съ 10 декабря 1915 г. и населеніе Бельгіи было обложено ежемѣсячнымъ налогомъ въ 40,000 франковъ.

За контрибуціями шли штрафы. 50,000 франковъ было взыскано съ населенія Антверпена за неизвѣстно кѣмъ вывѣшенныя афиши съ извѣщеніемъ о нѣмецкомъ пораженіи; 1000 марокъ долженъ былъ заплатить мэръ за то, что уличные мальчишки дразнили германскихъ солдатъ; 5,000 марокъ община Кортемаркъ за разнообразные проступки ея жителей (при чемъ виновные понесли, кромѣ того, каждый особое наказаніе). За штрафами слѣдовали конфискаціи, изъ которыхъ особенно незаконна конфискація капиталовъ и матеріаловъ Брюссельскаго об-ва «Краснаго Креста.»

---

[1]) «La Belgique sous la griffe allemende» Paris Fontemoig C-ie 1915. См. также Waxweiler «La Belgique neutre et loyale» Lausanne Payot et C-ie 1916. «Rapports sur la violation du droit des gens en Belgique» Paris 1916. «Rapports de la commission anglaise sur les atrocités allemendes». Sous la présidence du vicomte Bryce, Londres, Darling et son.

Digitized by Google

За конфискаціями—экстраординарныя контрибуціи. Генералъ-губернаторъ Бельгіи баронъ фонъ-Биссингъ, смѣнившій 28 ноября 1914 г. фонъ-деръ-Гольцъ-пашу (послѣдній былъ признанъ недостаточно суровымъ), наложилъ 16 января 1915 г. на бельгійцевъ, покинувшихъ родину послѣ начала войны, особый чрезвычайный налогъ...

Въ силу всѣхъ этихъ контрибуцій, штрафовъ и реквизицій, финансовая организація въ Бельгіи была совершенно разстроена. Многія кредитныя учрежденія закрылись. Національный банкъ и частные банки, исполняющіе обязанности государственныхъ кассъ, вмѣстѣ съ бельгійскомъ правительствомъ своевременно переѣхали въ Гавръ.

Для того, чтобы наладить денежное обращеніе, генералъ-губернаторъ[1]) предоставилъ «Societe générale de Belgique» право выпускать бумажныя деньги, подобно германскимъ, съ принудительнымъ курсомъ, при чемъ марка была оцѣнена въ 1 фр. 25 сантимовъ. Подобное же право, на извѣстныхъ условіяхъ, было также предоставлено нѣкоторымъ общинамъ. (Такъ, напр., городъ Брюгге получилъ право выпускать билеты въ 25 сантимовъ). Но не столько полное разстройство денежнаго обращенія, сколько отсутствіе припасовъ грозило Бельгіи непоправимыми бѣдствіями. И лишь благодаря учрежденной 22 октября 1914 г. англо-американской «Commission of relief in Belgium» и, организованнаго 5 сент. 1914 г. «Comité national de secours et d'alimentation» населеніе Бельгіи не погибнетъ съ голоду.

Несмотря на крайнюю нужду, бельгійскіе рабочіе однако не желаютъ работать въ открываемыхъ оккупантами фабрикахъ и заводахъ, хотя нѣмцы предлагаютъ хорошее вознагражденіе. Въ силу этого, какъ сообщаетъ Gazette de Lausanne» въ № отъ 27 сент. 1915 г., многіе рабочіе изъ Люттре были насильно увезены въ Германію, при чемъ ихъ въ теченіе девяти дней держали въ запертыхъ вагонахъ, и потомъ они были отправлены въ концентраціонные лагери.

Нечего говорить о томъ, что бельгійская пресса поставлена подъ строгій надзоръ, что приказомъ 17 янв. 1915 г. была сильно ограничена свобода собраній. Бельгійское правосудіе также очень стѣснено. Введены германскіе военно-полевые суды, которымъ передано разсмотрѣніе преступленій противъ нѣмцевъ. Важнымъ ограниченіемъ функціонированія бельгійскаго правосудія является также декретъ 3 февраля 1915 г., по которому за преступленія, совершенныя на территоріи коммуны, послѣдняя отвѣчаетъ передъ

[1]) Интересна попытка сына военнаго генералъ-губернатора Бельгіи, барона Биссинга оправдать поведеніе нѣмцевъ въ «Suddeutsche Monatshefte» апрѣль 1915 г. «Бельгія подъ германскимъ владычествомъ».

Digitized by Google

судомъ, состоящимъ изъ двухъ германскихъ судей и одного бельгійскаго. Зданіе судебныхъ установленій въ Брюсселѣ занято подъ казармы германцевъ.

Насколько безпристрастно германское правосудіе, можно видѣть, напр., по тому факту, что бельгійскій депутатъ Вергаленъ былъ осужденъ на два года тюрьмы за то, что въ письмѣ къ своей дочери писалъ о неправомѣрности съ точки зрѣнія Гаагскихъ конвенцій высылки бельгійскихъ рабочихъ въ Германію и принужденіе ихъ стать на работы, направленныя противъ ихъ родины.

Мы остановились такъ долго на организаціи оккупаціи въ Бельгіи потому, что тамъ она продолжается довольно долго и успѣла вполнѣ окристаллизоваться. Къ сожалѣнію, мы не можемъ здѣсь также изложить объ оккупаціонныхъ порядкахъ въ занятыхъ областяхъ во Франціи, въ Польшѣ [1]) и въ Галиціи. Относительно оккупаціи нѣмцами французскихъ земель въ Парижѣ недавно выпущена офиціальная «Бѣлая книга». Въ ней пишется о такихъ же реквизиціяхъ и контрибуціяхъ, о такомъ же введеніи коллективной отвѣтственности за противодѣйствіе оккупаціоннымъ властямъ и за неисполненіе ихъ предписаній, о такомъ же принужденіи мирнаго населенія производить работы въ пользу оккупанта [2]). По поводу управленія нашими властями оккупированной въ 1914 г. Галиціи въ русской прессѣ неоднократно отмѣчались его существенные недостатки. Оно единодушно было осуждено не только прогрессивной русской прессой, какъ, напр., «Русскими Вѣдомостями» (въ № отъ 5-го іюля 1916 г.) и харьковскимъ «Южнымъ Краемъ» (въ № отъ того же числа), но и правымъ депутатомъ В. М. Пуришкевичемъ и «Новымъ Временемъ». Послѣднее такъ характеризуетъ управленіе оккупированной страной галиційскимъ генералъ-губернаторомъ гр. Бобринскимъ и его сослуживцами: « Въ Галиціи было введено какое то половинчатое управленіе, не подчиненное центральному правительству въ Петроградѣ, но въ то же время не вполнѣ зависѣвшее и отъ военныхъ властей. Общеизвѣстнымъ сталъ и весь печальный составъ этого управленія изъ неподготовленныхъ и невѣжественныхъ лицъ, отличавшихся другъ отъ друга только тѣмъ, что одни вредили авторитету русскаго племени и наносили зло мѣстному населенію по недомыслію и ошибкѣ, другіе

[1]) По этому поводу см. въ статьѣ бар. С. А. Корфа, «Современная война и международное право» въ сборникѣ «вопросы міровой войны», Петроградъ, 1915 г. стр. 507.

[2]) Массовой уводъ французскихъ рабочихъ въ Германію вызвалъ недавно энергичный протестъ со стороны генеральныхъ совѣтовъ Женевскаго кантона Швейцаріи.

Digitized by Google

преступно эксплуатировали что только могли, сознательно стремясь извлечь побольше личной пользы изъ «выгодной командировки»... «Къ галицiйской оккупацiи 1914 г. -продолжаетъ «Новое Время»—гражданская власть была неподготовленной и была набрана изъ случайныхъ лицъ, о которыхъ «впослѣдствiи въ Государственной Думѣ было сказано не много лестнаго». «Основное ядро этой администрацiи было образовано изъ уѣздной полицiи, представители которой сразу оказались въ положенiи маленькихъ военныхъ губернаторовъ». У нихъ, по словамъ «Новаго Времени», оказалось чрезвычайно много «ненужнаго простора» тѣмъ болѣе, что генералъ-губернаторское управленiе во Львовѣ «не только не знало, что дѣлать, но не знало даже и того, съ чѣмъ и съ кѣмъ ему приходилось имѣть дѣло». Далѣе газета указываетъ на «опасные эксперименты» особенно въ вопросахъ нацiональномъ и вѣроисповѣдномъ. Въ заключенiе, она рекомендуетъ въ настоящее время держать себя во вновь занимаемой Галицiи, согласно международному праву, «какъ только въ оккупируемой—но не завоеванной—территорiи». Съ этимъ вполнѣ согласны и «Русскiя Вѣдомости». «Глубоко ошибочнымъ—пишетъ названная газета—было уже самое принципiальное признанiе, что русская власть должна немедленно, не ожидая окончанiя войны, осуществлять въ оккупированномъ краѣ, кромѣ военныхъ интересовъ, еще какiя-то иныя, внутренне-политическiя задачи. Такая постановка вопроса, предвосхищая будущее международно-правовое положенiе занятой территорiи, въ то же время нарушала и права русской законодательной власти». Далѣе газета указываетъ на недопустимость антиукраинской политики русскихъ оккупацiонныхъ властей и напоминаетъ о томъ, что союзники ведутъ борьбу съ германскимъ милитаризмомъ подъ флагомъ идеи свободы и права въ международныхъ отношенiяхъ.

Какiя же обязанности международное право налагаетъ на оккупанта и на населенiе оккупированныхъ земель?

## II.

Военная оккупацiя, какъ особое состоянiе, при которомъ занятая территорiя, не переставая составлять часть своего нацiональнаго государства, продолжая находиться подъ его властью, въ то же время подчиняется извѣстной военной и правительственной власти, занявшаго ее непрiятеля—явленiе сравнительно новое. Не говоря уже о древности и среднихъ вѣкахъ, когда нашествiе

Digitized by Google

войскъ одной державы на землю другой предоставляло вторгнувшимся неограниченное право въ занятой территоріи, институтъ военной оккупаціи не существовалъ еще и въ XVIII в. Для оккупанта вещи врага были res nullius. Жители занятой области должны были приносить оккупанту присягу на вѣрность и поставлять ему рекрутъ. Такъ, во время семилѣтней войны Фридрихъ I. занявъ Лейпцигъ, произвелъ тамъ рекрутскіе наборы. Въ ту же войну главнокомандующіе русской арміи гр. Апраксинъ и гр. Румянцевъ, послѣ того, какъ они заняли восточную Пруссію съ Помераніей, а потомъ и самый Берлинъ, издали нѣсколько прокламацій, въ которыхъ требовали отъ мѣстнаго населенія покорности и налагали на нихъ подданническія обязанности по отношенію къ Россіи. Въ Кенигсбергѣ русскій губернаторъ бар. Корфъ заставлялъ жителей присягать императрицѣ Елизаветѣ Петровнѣ и въ теченіе четырехъ лѣтъ (съ 1759—1762 г.) чеканилъ особую монету съ изображеніемъ русской государыни. Въ различные города Пруссіи (въ томъ числѣ и въ Берлинъ) были назначены русскіе губернаторы.

Чрезвычайно характернымъ показателемъ взгляда на оккупированную территорію является продажа Даніей занятыхъ во время войны со Швеціей Бремена и Вердена Ганноверскому электору, несмотря на то, что исходъ войны не былъ еще рѣшенъ.

Въ теченіе войнъ первой французской республики различіе между военнымъ занятіемъ и завоеваніемъ тоже не проводилось на практикѣ. Правда, французы не объявляли занятыя ими земли, включенными въ составъ французскаго государства, но они насильно создавали изъ прежнихъ государствъ новыя или измѣняли ихъ политическій строй. Часто французскія военныя власти требовали отъ населенія занятой ими мѣстности присяги на повиновеніе республикѣ. Въ теченіе войны 1812 г. Наполеонъ заставлялъ русскихъ жителей присягать себѣ на вѣрность и даже въ Москвѣ набиралъ рекрутъ для своей арміи [1]).

Теорія также долгое время не отличала occupatio отъ debellatio. Ни Гроцій [2]), ни Коццеи [3]), ни Вольфъ [4]), ни Бинкерсхукъ [5]), ни Монтескье не дѣлаютъ такого различія. На томъ

---

[1]) «Le militaire n'est jamais chez l'etranger, lorsqu'il est sous le drapeau — говорилъ Наполеонъ—ou est le drapeau, la est la France».

[2]) Grotius «De jure belli ac pacis lib. III ch. VI t. III.

[3]) Lib. I c. IV § 15 dissert. de jure regis ejectis n. 6 Цит. по Корси «L'occupazione militare», стр. 22.

[4]) Volfio «Jus gentium methodo scientifica pertractatum § 862 и сл. lb. стр. 31.

[5]) Bynkershoek «Quaestiones iuris publici l. I c. VI. lb. стр. 41.

Digitized by Google

основаніи, что terra victa fit accessio reipblicae и что accessorium sequitur suum principale они считали оккупанта въ правѣ управлять занятой территоріей по своимъ законамъ. И только Пуффендорфъ, исходя изъ своей договорной теоріи, полагалъ, что пріобрѣтеніе земли простымъ завладѣніемъ безъ явнаго или молчаливаго согласія населенія этой страны незаконно. Но лишь Ваттель въ изданномъ въ 1758 г. «Droit de Gens» провелъ впервые ясное различіе между завоеваніемъ и занятіемъ непріятельской территоріи. Вслѣдъ за нимъ и І. І. Мозеръ [1]) и бар. Г. Ф. Мартенсъ [2]) полагаютъ, что занятыя непріятелемъ мѣстности еще не становятся тѣмъ самымъ ему принадлежащими. По мнѣнію Мозера непріятель становится Landesherr'омъ лишь послѣ того, какъ онъ аннексируетъ занятыя имъ земли. По мнѣнію Г. Ф. Мартенса занятая территорія не перестаетъ de jure принадлежать прежнему законному владѣльцу до тѣхъ поръ, пока послѣдній не откажется формально или молчаливо, вслѣдствіе полной и очевидной невозможности вернуть эти земли подъ свою власть, отъ принадлежащаго ему права на нихъ. Въ силу этого оккупантъ не имѣетъ права отдавать занятыя имъ области третьему государству. Однако, по мнѣнію Г. Ф. Мартенса, онъ можетъ приводить жителей къ присягѣ, измѣнять конституцію страны, словомъ, распоряжаться въ занятой области какъ это найдетъ для себя нужнымъ. Заальфельдъ [3]) и Шмельцингъ [4]) почти дословно повторяютъ слова Мартенса. Шмальцъ [5]) же опредѣленно заявляетъ, что оккупація не нарушаетъ подданической связи между населеніемъ занятой страны и ея законнымъ правительствомъ. Поэтому онъ полагаетъ, что оккупантъ не имѣетъ права набирать въ занятой имъ странѣ рекрутъ, ни принуждать населеніе этой страны къ дѣйствіямъ противъ законнаго его правительства. Нелицъ отказываетъ оккупанту и въ правѣ измѣнять существующіе въ странѣ финансовое управленіе, судебный порядокъ, а также и требовать отъ населенія присяги на вѣрноподданность.

Въ началѣ XIX в. не только теорія, но и практика начала отличать военную оккупацію отъ завоеванія. Еще во время занятія Каталоніи французскими войсками, по одному дѣлу объ убійствѣ французомъ каталонца кассаціонный французскій судъ призналъ,

---

[1]) Versus des neusten europäischen Völkerrechts in Frieden und Kriegszeiten 1780.

[2]) Précis de droit des gens 1831 t. II p. 279 suiv.

[3]) Handbuch des positiven Völkerrechts 1823.

[4]) Systematischer Grundriss des praktischen europäishen Völkerrechts 1820.

[5]) Das Europäische Völkerrecht in acht Bücher 1817 Berlin.

Digitized by Google

что занятая французами территорія еще не является французской, а потому данное дѣло неподсудно французскимъ судамъ.

Когда союзныя войска вошли въ 1814 г. во Францію, они учредили въ занятыхъ ими департаментахъ особыя управленія съ генералъ губернаторами во главѣ. По мнѣнію Мартенса, управленіе занятой союзниками территоріи напоминаетъ оккупаціонное управленіе. Однако, не въ эту войну, а въ войну 1848—1849 г.г. между итальянскими государствами и Австріей военная оккупація впервые ясно отличается отъ завоеванія и нашествія. Хотя Корси [1]) и утверждаетъ, что здѣсь было не занятіе, а лишь продолжительное нашествіе, но Догель [2]) держится (и по нашему мнѣнію совершенно справедливо) противоположнаго мнѣнія. При этомъ послѣдній ученый ссылается на прокламацію, въ которой австрійскія военныя власти обращаются къ жителямъ занятаго герцогства Пармы. Въ данной прокламаціи говорится, что законное правительство герцога замѣнено «Временнымъ Военнымъ управленіемъ» подъ главнымъ завѣдываніемъ генерала графа Дегенфельдъ-Шенбурга и что дѣйствующими въ странѣ законами признаются ранѣе изданные законы герцога Пармкаго Карла-Людовика Бурбонскаго. Въ это время теорія военной оккупаціи была уже довольно разработана. Такъ, Цахаріэ въ Vierzig Bücher vom Staate разсматривалъ управленіе оккупанта, какъ продолженіе управленія прежняго правительства, а потому онъ полагалъ, что оккупантъ не въ правѣ измѣнить существующій въ странѣ общественный порядокъ. По мнѣнію названнаго ученаго, поведеніе оккупанта должно быть аналогичнымъ поведенію лица, которому довѣрено чужое имущество.

Мысли Цахаріэ были развиты Геффтеромъ [3]), согласно воззрѣніямъ котораго, оккупантъ можетъ получать государственные доходы, можетъ принимать мѣры для сохраненія въ своей власти занятой территоріи, но de jure эта территорія принадлежитъ тому государству, которому она принадлежала до войны. При этомъ Геффтеръ различаетъ простое вторженіе непріятеля, не производящее измѣненій въ юридическомъ строѣ занятой области, отъ оккупаціи. Въ послѣднемъ случаѣ непріятель подчиняетъ себѣ мѣстную администрацію, но управляетъ на основаніи дѣй-

---

[1]) Corsi «L'occupazione militare in tempo di-guerra e le relazioné internazionali che ne derivano» 1882 г. Fierenze стр. 12 и слѣд.

[2]) М. Догель «О военномъ занятіи (Occupatio bellica) Казань. 1899 г.

[3]) Heffter «Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen» 1888 г. § 131.

Digitized by Google

ствовавшихъ ранѣе въ странѣ законовъ. Оккупація, съ его точки зрѣнія, является какъ бы секвестромъ верховной власти въ пользу завоевателя. Въ противоположность Геффтеру генералъ Галлекъ, хотя и различаетъ оккупацію отъ завоеванія, однако полагаетъ, будто оккупантъ имѣетъ право издавать въ занятой имъ территоріи какіе угодно законы и распоряженія. Такой же точки зрѣнія держатся и составленныя д-омъ Либеромъ «Американскія полевыя инструкціи» 1863 г. Согласно этимъ инструкціямъ, непріятель, вторгнувшійся въ предѣлы извѣстной страны, можетъ отмѣнить дѣйствующіе тамъ гражданскіе и уголовные законы и замѣнить мѣстную администрацію своею.

На практикѣ военная оккупація, какъ самостоятельный институтъ международнаго права, особенно ясно опредѣлилась во время франко-прусской войны 1870—1871 г.

14 августа 1870 г. прусскій король, армія котораго занимала тогда уже Эльзасъ-Лотарингію, объявилъ указомъ, даннымъ въ главной квартирѣ, о подчиненіи всѣхъ занятыхъ областей административной власти особыхъ генералъ-губернаторовъ. Въ «Инструкціяхъ для гражданскаго комиссара при генералъ-губернаторствѣ», отъ 26 августа 1870 г., и въ «Инструкціи генералъ-губернаторамъ, отъ 21 августа того же года, изложены принципы временнаго управленія Эльзасъ-Лотарингіи. Согласно этой инструкціи, высшее управленіе занятымъ краемъ было сосредоточено въ рукахъ генералъ-губернаторовъ, сначала Эльзасскаго, а затѣмъ Лотарингскаго (въ Нанси) и остальныхъ занятыхъ департаментовъ (въ Реймсѣ). Генералъ-губернаторъ имѣлъ право выполнять всѣ функціи, предоставленныя французскимъ законодательствомъ главѣ государства. Онъ могъ, въ случаѣ дѣйствительной необходимости, измѣнять дѣйствовавшіе въ краѣ законы. Для управленія гражданской частью былъ назначенъ особый комиссаръ. Его обязанностями являлись 1) забота о взысканіи налоговъ, 2) о поставкахъ въ армію и 3) управленіе администраціей края. Его права соотвѣтствовали правамъ министра.

Вся занятая нѣмцами территорія была подраздѣлена на департаменты. Во главѣ каждаго департамента находился префектъ. Департаменты сперва подраздѣлялись на округа (arrondissement), какъ это было до войны. Но затѣмъ приказами 11 дек. 1870 г. и 29 янв. 1871 г. число ихъ было увеличено. Нѣмцы хотѣли, чтобы французскія власти остались на своихъ мѣстахъ, но французское правительство отозвало всѣхъ должностныхъ лицъ, кромѣ выбранныхъ (напр., моръ и т. д.). Французскія судебныя власти почти вездѣ

Digitized by Google

отказались отъ исполненія своихъ обязанностей [1]), и потому гражданское судопроизводство почти совсѣмъ было пріостановлено. Уголовныя преступленія разематривались нѣмецкими судами.

Поведеніе прусскихъ войскъ горячо обсуждалось многими интернаціоналистами. Нѣмцевъ обвиняли за введеніе коллективной отвѣтственности, за то, что они брали заложниковъ и за то, что, въ предупрежденіе взрывовъ французами нѣмецкихъ поѣздовъ, на тендерахъ возились мѣстные нотабли. Рядъ ученыхъ, какъ напр., гр. Л. А. Комаровскій [2]), Мериньякъ [3]), Бернье [4]) обвиняли за это нѣмцевъ въ варварствѣ. Другіе ученые, какъ Корси [5]), Леннингъ [6]), Рэлень-Жакеменъ [7]), оправдывали эти поступки военной необходимостью и указывали на поступки противоположнаго характера, какъ, напр., на допущеніе во время перемирія 28 янв. 1871 г. производить выборы во французское національное собраніе.

Какъ бы то ни было, послѣ франко-прусской войны вопросъ о правахъ и обязанностяхъ оккупанта былъ поставленъ на очередь. Спустя три года послѣ окончанія войны Брюссельская конференція посвятила ему довольно много вниманія. Представитель Германіи на этой конференціи ген. Фохтсъ-Ретцъ требовалъ распространенія оккупаціоннаго права не только на территорію, фактически занятую, но и на ту, въ которой оккупантъ не успѣлъ еще утвердиться. Однако, конференція съ нимъ не согласилась, такъ какъ нашла, что нельзя предоставлять непріятелю право заставлять населеніе еще незанятой мѣстности подчиняться его авторитету и карать за сопротивленіе какъ за бунтъ [8]). Далѣе, конференція возложила на оккупанта охрану жизни, чести и частной собственности жителей занятой имъ мѣстности и запретила измѣнять законы безъ серьезной необходимости. Право взимать контрибуціи и производить реквизиціи, несмотря на протесты представителей маленькихъ дер-

[1]) Причиной этому являлось недопущеніе нѣмцами, чтобы приговоры произносились отъ имени французскаго правительства.

[2]) Гр. Л. А. Комаровскій. Обзоръ современной литературы по международному праву. Москва 1887, стр. 198—209.

[3]) Mérignhac «Les theories du grand Etats Major Allemend sur les «Lois de la guerre continentale въ Revue générale de dr. int. pub. 1907. №. 2 p. 197.

[4]) Bernier «De l'occupation militaire en temps de guerre» 1884. Paris.

[5]) A. Corsi «L'occupazione militari»...

[6]) Löning «L'administration du gouvernement générale de l'Alsace durant la guerre 1870—1871 въ «Revue de droit international et de l'égislation comparée» t. V p. 89.

[7]) «Chronique des faits internationaux» въ «Revue de droit international et de législation comparée (année 1870 et 1871) t. II et III.

[8]) Требованіе эффективности оккупаціи выставилъ и Институтъ международнаго права на съѣздѣ въ 1880 г.

Digitized by Google

жавъ, было признано за оккупантомъ. Мы не будемъ здѣсь подробнѣй останавливаться на Брюссельской декларации, такъ какъ ниже, при разборѣ постановленій Гаагскихъ конференцій, будемъ попутно указывать и на нее. Какъ извѣстно, положенія, выработанныя въ 1874 г. въ Брюсселѣ, не были ратифицированы и не получили юридически обязательной силы.

Вскорѣ послѣ окончанія занятій Брюссельской конференціи началась русско-турецкая война 1877—1878 г. Хотя Россія и не была обязана соблюдать постановленій Брюссельской конференціи, однако, Сенатскимъ указомъ 12 мая 1877 г. она заявила, что будетъ имъ слѣдовать. Однако, въ вопросѣ о военной оккупаціи Россія во многомъ отступила отъ этихъ постановленій. И такое отступленіе, вслѣдъ за проф. Ф. Ф. Мартенсомъ [1]), нельзя не оправдать. Дѣло въ томъ, что война съ Турціей носила освободительный характеръ. Россія преслѣдовала своею цѣлью освободить населеніе Балканскаго полуострова отъ турецкаго владычества. Естественно, что, занимая территоріи, Россія немедленно отмѣняла законы несправедливые по отношенію къ туземной райѣ и замѣняла ихъ своими, болѣе европейскими [2]).

Завѣдывающій гражданскимъ управленіемъ занятой мѣстности долженъ былъ заботиться 1) о постепенномъ введеніи въ занятыхъ санджакахъ русскаго гражданскаго управленія, 2) объ организаціи правосудія, 3) объ устройствѣ мѣстной полиціи и 4) о преобразованіи порядка взиманія податей. Административное дѣленіе было оставлено почти безъ измѣненія прежнее турецкое. Санджаки подраздѣлялись на казы (округа). Должностныя лица назначались изъ русскихъ и болгаръ. Особенное вниманіе было обращено на организацію мѣстнаго самоуправленія въ город-

[1]) Ф. Ф. Мартенсъ «Восточная война и Брюссельская конференція Спб. 1879 г., стр. 296—401.

[2]) Въ настоящее время также пытаются оправдать неисполненіе оккупаціоннаго права ссылками на освободительный характеръ войны. Такъ, Германія объявила, что она освобождаетъ своихъ братьевъ-фламандцевъ отъ господства валлоновъ. Съ этой цѣлью она, напр., заявила о преобразованіи Гентскаго университета изъ французскаго во фламандскій и стѣсняетъ употребленіе французскаго языка. То же самое объявила Германія по отношенію къ Польшѣ, которую-де она освобождаетъ отъ русскаго ига. Россія тоже объявила относительно подъяремной Руси—Галиціи и всѣ націоналистическіе эксперименты съ туземнымъ населеніемъ галиційская администрація пыталась оправдать этими мотивами. Къ стремленію оправдать отступленіе отъ международнаго права освободительнымъ характеромъ войны, всегда нужно относиться съ большой осторожностью. Но даже при самомъ строгомъ отношеніи нельзя не оправдать поведеніе русскихъ войскъ на Балканахъ въ войну 1877—1878 г.

Digitized by Google

скихъ и сельскихъ округахъ. Съ этою цѣлью 8 августа 1877 г. былъ изданъ «Проектъ временныхъ правилъ объ управительныхъ (административныхъ) совѣтахъ въ округахъ и городахъ Болгаріи». Согласно этому проекту были возстановлены, существовавшіе еще при турецкомъ правленіи, сельскіе совѣты старѣйшинъ, а въ городахъ городскіе управительные совѣты. Для поддержанія порядка была организована мѣстная полиція изъ конныхъ и пѣшихъ стражаровъ подъ начальствомъ русскихъ офицеровъ. Подушная подать, платимая христіанскимъ населеніемъ Турціи—бедель была въ оккупированной мѣстности совершенно отмѣнена. Денежный налогъ съ получаемыхъ продуктовъ—ощуръ былъ замѣненъ денежной поземельной податью. Контрибуціи на населеніе не налагались совершенно. За всѣ забираемые продукты платилось наличными деньгами. Порядокъ судопроизводства по гражданскимъ дѣламъ былъ оставленъ прежній. По уголовнымъ дѣламъ были учреждены т. н. «болгарскіе» суды, судившіе по русскому военно-судебному уставу 1867 г. и военно-полевые суды для дѣлъ, касавшихся преступленій противъ оккупаціонной арміи.

Слѣдующимъ примѣромъ военной оккупаціи непріятельскихъ областей является занятіе чилійскими войсками перувіанскихъ провинцій Такна и Арика въ половинѣ 1880 г. Чилійцы устроили въ нихъ особенное временное управленіе, основанное на началахъ, изложенныхъ въ Американскихъ Полевыхъ Инструкціяхъ д-ра Либера, т. е. чисто военнаго характера. Но въ апрѣлѣ 1881 г. военное управленіе было преобразовано во временное гражданское. Чилійскія власти взяли все управленіе занятыми областями въ свои руки и не только измѣнили весь составъ перувіанскихъ судебныхъ учрежденій, но и ввели свои чилійскіе суды.

Такова въ общихъ чертахъ исторія оккупаціоннаго права до Гаагскихъ конференцій 1899 и 1907 г.г., на которыхъ этотъ вопросъ подробно обсуждался, и на которыхъ были болѣе или менѣе подробно опредѣлены права и обязанности какъ оккупанта, такъ и жителей оккупированныхъ областей. Къ разсмотрѣнію этихъ положеній мы теперь и перейдемъ.

## III.

При выработкѣ положеній о военной оккупаціи на первой и второй Гаагскихъ конференціяхъ происходили горячіе споры между представителями большихъ и представителями малыхъ государствъ [1]).

[1]) См. Archiv Diplomatique за 1900 и 1908 гг.



Digitized by Google

Такъ, германскій представитель полковникъ фонъ-Гроссъ-Шварценгофъ настаивалъ на томъ, чтобы принципы, положенные въ основу оккупаціоннаго права, не считались безусловно обязательными для оккупанта и въ случаяхъ серьезной необходимости не связывали дѣйствій воюющихъ. Наоборотъ, представитель Швейцаріи, г. Одье и Бельгіи Декампъ настаивали на безусловной ихъ обязательности. Постановленія конференціи, однако, признаны имѣющими обязательную юридическую силу и изложены въ ст. ст. 42—56 въ 3 главѣ Декларація о законахъ и обычаяхъ сухопутной войны. Первая изъ названныхъ статей гласитъ, что территорія считается оккупированной, когда она фактически находится во власти вражеской арміи.

Во время обсужденія этой статьи были выдвинуты двѣ принципіально различныя точки зрѣнія: военная, старающаяся расширить границы и слѣдствія оккупаціи, и юридическая, согласно которой оккупацію можно признать лишь тогда, когда она эффективна. Первую точку зрѣнія защищалъ германскій представитель, полковникъ фонъ-Гроссъ-Шварценгофъ и русскій представитель, полковникъ Жилинскій. Противоположную точку зрѣнія отстаивалъ представитель Голландіи, денъ-Бееръ Португэль и представитель Бельгіи Декампъ. Въ концѣ-концовъ получила преобладаніе точка зрѣнія юридическая [1]).

Въ слѣдующей статьѣ оккупанту предписывается принять всѣ зависящія отъ него мѣры къ тому, чтобы насколько возможно возстановить и обезпечить порядокъ и общественную жизнь, уважая существующіе въ странѣ законы, если къ этому не встрѣтится непреодолимыхъ препятствій. Въ этой статьѣ объединены тѣ постановленія, которыя содержатся въ ст. ст. 2, 3 и 4 Брюссельскаго проекта. Нельзя не признать, что эти постановленія изложены слишкомъ сжато. Такъ, напр., ничего не говорится по вопросу о продолженіи своихъ занятій чиновниками того государства, территорія котораго занята. Это сдѣлано сознательно. Во время преній, по поводу редакціи данной статьи, голландскій представитель Ванъ Корнебекъ предложилъ постановить, чтобы чиновники сохраняли въ оккупированной мѣстности свои функціи. Ламмашъ внесъ дополненіе «съ согласія ихъ государства». На это Беернертъ отвѣтилъ,

[1]) Требованіе эффективности оккупаціи обыкновенно соблюдается. Двумя рѣзкими отъ него отступленіями были 1) объявленіе Англіи объ аннексіи Трансвааля и Оранжевой республики въ то время, какъ не было даже фактической оккупаціи этихъ странъ (см. Mérignhac Les lois et coutumes de la Guerre sur terre» Paris 1903 г. p. 250—251) и аннексія Италіей Триполиса и Киренаики до ихъ завоеванія.

Digitized by Google

что съ такой поправкой статья теряетъ всякій смыслъ. Тогда сербскій представитель Вельковичъ предложилъ считать, будто въ ст. 43 подразумѣвается и постановленіе относительно чиновниковъ.

Такимъ образомъ вопросъ былъ оставленъ безъ разрѣшенія. А между тѣмъ оставленіе прежнихъ чиновниковъ, если послѣдніе найдутъ, что продолженіе ими ихъ обязанностей не вредитъ ихъ родинѣ, является чрезвычайно важнымъ. Особенно необходимо оставленіе судебныхъ органовъ для разбора гражданскихъ и уголовныхъ дѣлъ между жителями оккупированной мѣстности. Такой точки зрѣнія держалось, напр., японское правительство во время японо-китайской войны 1895 г. Оно охотно признавало китайскіе суды, и въ японскихъ правилахъ о реквизиціи было предусмотрѣно участіе китайскихъ властей въ этой работѣ. Однако, почти вездѣ китайскіе чиновники бѣжали, и японцы принуждены были назначать своихъ чиновниковъ и мѣстныхъ нотаблей на административныя должности. Такъ, въ провинціи Киншу они установили въ каждой общинѣ мэра и его помощника, избираемыхъ жителями общины. Отъ рѣшенія гражданскихъ дѣлъ японцы отказались и предлагали китайцамъ рѣшать дѣла по своимъ законамъ. Уголовныя дѣла, не касающіяся японской арміи, разбирались согласно мѣстнымъ уголовнымъ законамъ, но варварскія наказанія замѣнялись другими [1]). Вообще, въ случаяхъ различія китайскихъ и японскихъ законовъ примѣнялись болѣе мягкіе. Преступленія противъ японцевъ карались по японскимъ законамъ [2]).

Германскія правила въ сухопутной войнѣ 1902 г. предписываютъ также устанавливать въ оккупированной мѣстности управленіе при помощи прежнихъ чиновниковъ, а если таковыхъ нѣтъ, то назначить своихъ. Оккупантъ долженъ, по возможности, сохранять существующую юрисдикцію. Французскіе правила и обычаи сухопутной войны, изданные лейтенантомъ Жакме, равно какъ англійскій «Manual of militari law» 1903 г. и русскій приказъ по Военному вѣдомству, отъ $^{14}/_{27}$ іюня 1904 г. за № 409 также вполнѣ согласуются съ постановленіями Гаагскихъ конференцій...

Въ слѣдующихъ статьяхъ конвенціи (43, 44, 45, 46 и 47), представляющихъ собою незначительныя редакціонныя измѣненія соотвѣтствующихъ статей 36, 37, 38 и 39 Брюссельской декларації,

---

[1]) Nagao Ariga «La guerre Sino-Japonaise» ch. XIII pp. 191 et suiv.

[2]) Во время испано-американской войны отправленіе правосудія въ Сатъ-Яго производилось отъ имени испанскаго правительства (см. Revue générale de droit intern. publ., t. V p. 801). Наоборотъ, во время греко-турецкой войны всѣ греческіе суды въ Ѳессаліи должны были съ начала турецкой оккупаціи прекратить свои функціи (см. Ib. 1897, t IV p. 710.



Digitized by Google

воюющему воспрещается принуждать жителей занятой области приносить присягу на вѣрность ему, а также давать свѣдѣнія объ арміи другого воюющаго или о средствахъ его обороны. Честь и права семейныя, жизнь отдѣльныхъ лицъ, равно какъ и религіозныя убѣжденія и отправленіе обрядовъ вѣры должны быть уважаемы. Частная собственность не подлежитъ конфискаціи. Грабежъ безусловно воспрещается.

Большіе споры на конференціи вызвалъ вопросъ о запрещеніи воюющему заставлять населеніе оккупированныхъ мѣстностей показывать дороги. Къ удовлетворяющему всѣхъ постановленію притти не удалось, т. к. Германія, Россія, Австро-Венгрія, Японія и Черногорія не подписали этого постановленія. Никѣмъ не было принято предложеніе голландскаго представителя о томъ, чтобы оккупантъ не имѣлъ права карать жителей оккупированной мѣстности смертной казнью безъ постановленія суда и безъ утвержденія его главнокомандующимъ. Стремленіе представителей небольшихъ государствъ гуманизировать оккупаціонное право встрѣтило сильное противодѣйствіе со стороны представителей большихъ милитаристическихъ державъ, которыя указывали на то, что военная необходимость не позволяетъ связать воюющихъ строгими правилами. Такъ, напр., представитель Австро-Венгріи былъ даже противъ признанія безусловной неприкосновенности частной собственности и предлагалъ установить это начало «только въ принципѣ» съ правомъ не всегда съ нимъ считаться. Особенно остро проявилось разногласіе, между представителями большихъ и малыхъ государствъ, по вопросу о правѣ населенія оккупированныхъ областей производить возстаніе противъ оккупантовъ. При этомъ представители малыхъ государствъ очень настаивали на правѣ возстанія. Въ литературѣ международнаго права законность возстанія также имѣетъ горячихъ сторонниковъ, напр. Бернье [1]). Однако, мы полагаемъ, что такое право признать невозможно, т. к. оно ставило бы оккупанта въ чрезвычайно тяжелое положеніе. Право возстанія признано только за населеніемъ еще не оккупированной, а лишь занимаемой территоріи. При этомъ возставшіе, для того, чтобы быть признанными воюющей стороной, обязаны имѣть отличительный знакъ, открыто носить оружіе и соблюдать законы и обычаи войны (ст. 11, отдѣла 1 гл. 1 «О воюющихъ»). Возставшіе жители оккупированной мѣстности разсматриваются не какъ воюющіе, а какъ преступники. Но если жители оккупированной мѣстности не имѣютъ права воевать противъ оккупанта, то, съ другой

[1]) Bernier «De l'occupation militaire en temps de guerre». Paris 1884.

Digitized by Google

стороны, и этотъ послѣдній не имѣетъ права разсматривать ихъ, какъ враговъ. Это ясно высказано даже въ суровомъ сборникѣ «Военныхъ обычаевъ въ сухопутной войнѣ», изданномъ въ 1902 г. германскимъ генеральнымъ штабомъ [1]). Такое же начало высказано и во французскихъ, англійскихъ и русскихъ сборникахъ о законахъ и обычаяхъ войны и въ русской «Памяткѣ солдату». Однако, германскій сборникъ существенно отклоняется отъ постановленій гаагскихъ конференцій въ томъ отношеніи, что въ немъ разрѣшается принуждать жителей оккупированной мѣстности производить работы, содѣйствующія военнымъ задачамъ оккупанта. Вообще, германскій сборникъ законовъ и обычаевъ войны мало сообразуется съ постановленіями Гаагскихъ конференцій, на что въ свое время указывалъ Мериньякъ [2]) еще въ 1907 г.

Въ слѣдующей 48 статьѣ [3]) Гаагской конвенціи было, по предложенію Беернерта, постановлено, что если непріятель взимаетъ въ занятой имъ области налоги, пошлины и денежные сборы, то онъ обязанъ дѣлать это, по возможности, сообразуясь съ существующими въ данной мѣстности правилами ихъ раскладки, при чемъ на него ложится обязанность нести расходы по управленію занятой областью въ размѣрахъ, въ которыхъ несло законное правительство [4]).

Далѣе, идутъ статьи о контрибуціяхъ и реквизиціяхъ. Во время ихъ редактированія также происходили серьезныя разногласія. Такъ, на первой Гаагской конференціи представитель Голландіи Ванъ Карнебекъ и представитель Швейцаріи Одье, исходя изъ того основанія, что война ведется между государствами, а не между народами, доказывали неправомѣрность взиманія контрибуцій. Германскій представитель, наоборотъ, защищалъ это право, т.к., по его мнѣнію, контрибуціи замѣняютъ натуральныя повинности.

---

[1]) Kriegsbrauch im Landkriege». Есть русскій переводъ полковника Генеральнаго Штаба Михельсона. Изд. Военно-Статистическаго отдѣла Главнаго Штаба. СПБ. 1904.

[2]) Цит. статья стр. 197.

Въ № 8 «Проблемъ Великой Россіи» на эту же тему написана статья проф. Н. Н. Кравченко «Общая теорія войны въ построеніи германскаго генеральнаго штаба».

[3]) Эта статья редактирована хуже соотвѣтствующей 5 ст. Брюссельскаго проекта, гласящей «L'armée d'occupation ne prilèvera que les impôts, redevances, droi et pêages déja établis au profit de l'Etat»...

[4]) Это правило особенно сильно нарушалось во время греко-турецкой войны. Въ Өессаліи оккупировавшіе ее турки немедленно ввели тѣ подати, которыя были въ этой области, когда она была подъ ихъ владычествомъ. (См. Revue générale d. droit internat. 1897 г. t. IV, p. 710.

Digitized by Google

Послѣ обсужденія вопроса въ особой комиссіи подъ предсѣдательствомъ Леона Буржуа контрибуціи были допущены, но лишь на нужды оккупаціонной арміи или управленіе занятой страны. То же начало установлено и для производства реквизицій. Во время преній по вопросу о реквизиціяхъ русскій представитель Чарыковъ настаивалъ на томъ, чтобы за реквизиціи платили по возможности наличными деньгами.

Германскій сборникъ военныхъ обычаевъ въ сухопутной войнѣ признаетъ допустимость контрибуцій только для удовлетворенія насущной необходимости арміи. Контрибуцію нельзя взимать, для обогащенія, а лишь взамѣнъ налоговъ, натуральныхъ повинностей и въ качествѣ уголовныхъ наказаній. Французскія, англійскія и русскія правила по данному вопросу воспроизводятъ постановленія Гаагскихъ конференцій. По вопросу о реквизиціяхъ германскій сборникъ заявляетъ, что онѣ должны производиться по возможности въ присутствіи мѣстныхъ гражданъ. Предметы, подлежащіе реквизиціи, по мнѣнію автора сборника, заранѣе перечислить невозможно. Плату за реквизированное имущество онъ «не считаетъ юридической аксіомой».

Согласно французскому закону 3 іюля 1877 г. реквизировать можно только перечисленные въ законѣ объекты. Производиться реквизиціи должны по возможности мѣстными властями или мѣстными нотаблями. Эти начала исполнялись и русскими и японскими арміями въ войну 1904 г., при чемъ за реквизированные продукты платили по возможности скоро, но производили собственную оцѣнку ихъ, т. к. торговцы невѣроятно поднимали цѣны [1]).

Далѣе, въ 53 ст. Гаагскаго регламента оккупанту дозволяется завладѣвать только деньгами, фондами и долговыми требованіями, составляющими собственность государства, а также складами оружія, перевозочными средствами и вообще всей движимой собственностью, могущей служить для военной цѣли. Все, что имѣетъ съ нимъ прямымъ назначеніемъ служить военнымъ дѣйствіемъ, а также всѣ средства, приспособленныя для передачи свѣдѣній (телефонъ, телеграфъ) и для перевозки людей и грузовъ, могутъ быть забраны оккупантомъ, независимо отъ того, кому они принадлежали. Но послѣ окончанія войны оккупантъ обязанъ вознаградить частныхъ лицъ и общества за тѣ убытки, которые онъ имъ причинилъ.

---

[1]) Nagao Ariga «La guérre Russo-Japonaise au point de vue de droit international» Paris 1908 г. p. 164». Во время Крымской компаніи, Итальянской и Мексиканской войны реквизиціи не производились, см. Méregnhac «Les lois et coutumes de la guerre sur terre» Paris 1903 p. 273 прим.

Digitized by Google

Особенно горячо дебатировался на конференціи вопросъ о желѣзныхъ дорогахъ и вагонахъ, принадлежащихъ нейтральнымъ государствамъ. Г. Роленъ настаивалъ, чтобы дороги разсматривались, какъ секвестрованныя, а вагоны, вышедшіе изъ нейтральныхъ странъ, какъ можно скорѣй возвращались обратно. Но противъ этого возражалъ фонъ-Гроссъ-Шварцгофъ. Швейцарскій представитель Одье предложилъ, чтобы желѣзныя дороги возстановлялись оккупантомъ, даже если онѣ принадлежатъ правительству того государства, съ которымъ оккупантъ велъ войну. Но ему возразили, что этотъ вопросъ долженъ рѣшаться въ мирныхъ договорахъ.

На второй Гаагской конференціи къ желѣзнымъ дорогамъ, телеграфу, телефону, судамъ морскимъ и рѣчнымъ были приравнены и воздухоплавательные аппараты.

Всѣ перечисленныя постановленія о неприкосновенности частной собственности воюющіе обыкновенно стараются соблюдать, хотя очень часты случаи ихъ нарушенія со стороны отдѣльныхъ лицъ. Но во время китайской экспедиціи для подавленія боксерскаго возстанія грабежъ мѣстнаго населенія принялъ очень широкіе, небывалые размѣры.

Слѣдующее (55) постановленіе Гаагскаго регламента запрещаетъ оккупанту истреблять безъ военной необходимости [1]), принадлежащія непріятельскому государству зданія, лѣса и сельскохозяйственныя угодья. Оккупантъ обязанъ сохранять основную цѣнность этихъ видовъ собственности и управлять ими согласно правиламъ пользовладѣнія. Статья 56-я приравниваетъ къ частной собственности имущества общинъ, церковныхъ, благотворительныхъ, образовательныхъ и научныхъ учрежденій, хотя бы они и являлись учрежденіями государственными. «Всякій преднамѣренный захватъ, истребленіе или поврежденіе подобныхъ учрежденій, историческихъ памятниковъ, произведеній художественныхъ и научныхъ—гласитъ данная статья—воспрещается и подлежитъ преслѣдованію».

На вопросъ персидскаго представителя Мирза-Риза-Хана подразумѣваются ли подъ словами церковныя учрежденія («établissements consacrés aux cultes») только христіанскія церкви или и мусульманскія мечети и языческія пагоды, ему было отвѣчено, что

---

[1]) Особенно много зданій въ оккупированной мѣстности было разрушено во время англо-бурской войны. Объ этомъ подробно доносили генералы Delarey и Smutz (см. Les pratiques anglaises dans la guerre terrestre, Mérignac Revue Général de dr. int. 1901 t. VIII pp. 111 и слѣд.)

Digitized by Google

подъ этимъ терминомъ разумѣются религіозныя святыни всѣхъ вѣроисповѣданій [1]).

Таковы основныя нормы оккупаціоннаго права.

Разсмотрѣвъ ихъ, нельзя не прійти къ заключенію, что вопросъ о правахъ и обязанностяхъ оккупанта и населенія занятаго края—это одинъ изъ самыхъ сложныхъ вопросовъ права войны. Трудность вопроса вытекаетъ изъ того, что при военной оккупаціи сталкиваются въ предѣлахъ одной территоріи двѣ суверенныя государственныя власти—власть оккупанта и власть того государства, чья территорія оккупирована.

## IV.

Какой же изъ этихъ двухъ властей принадлежатъ суверенныя права надъ занятой территоріей? Мнѣнія ученыхъ по данному вопросу чрезвычайно разнообразны. Наиболѣе древнимъ является взглядъ, согласно которому суверенная власть въ занятой территоріи принадлежитъ оккупанту. Гроцій, Коццей, Бинкеехукъ и Монтескье держались этой точки зрѣнія. Въ этомъ же смыслѣ высказывался и Гефтеръ [2]). Онъ полагалъ, что оккупантъ секвеструетъ на время оккупаціи верховную власть у законнаго правительства. Изъ современныхъ ученыхъ этотъ взглядъ раздѣляется Галлекомъ [3]), Фіоре [4]) и Эйхельманомъ [5]). Они полагаютъ, что власть оккупанта есть государственная власть, замѣняющая законную власть прежняго правительства.

Другіе ученые, какъ, напр., Корси [6]) и гр. Комаровскій [7]) полагаютъ, что надъ оккупированной территоріей не имѣютъ суверенной власти ни оккупантъ, ни то государство, которому принадлежала занятая территорія. Первый изъ названныхъ ученыхъ полагаетъ, что власть оккупанта есть власть sui generis и имѣетъ свое основаніе не въ суверенныхъ правахъ, а въ долгѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ

---

[1]) Однако, во время китайской экспедиціи европейскія государства относились далеко не съ достаточнымъ уваженіемъ къ буддійскимъ религіознымъ святынямъ и многія пагоды были разграблены.

[2]) Heffter «Das europaische Völkerrecht der Gegenwart» Berlin 1873 S. 250.

[3]) Halleck «Elements of International Law and Laws of War 2 p. 1878 гл. 33 и 39.

[4]) Pasquale Fiore Nouveau droit international traduction française Ansvine 1886 г. § 1460.

[5]) О. Эйхельманъ «Военное занятіе непріятельской страны» Москва 1880 г.

[6]) Цит. сочиненіе.

[7]) Цит. замѣтка.

Digitized by Google

въ высшей пользѣ оккупанта, охранять порядокъ, свободу и миръ въ занятой имъ мѣстности.

Гр. Л. А. Комаровскій упрекаетъ Корси въ шаткости его построеній и поправляетъ его тѣмъ, что считаетъ власть оккупанта не только властью sui generis, но и властью международной. Въ occupatio bellica онъ видитъ новый самостоятельный институтъ международнаго права.

Третьи ученые полагаютъ, что суверенная власть въ занятой странѣ принадлежитъ исключительно одному прежнему законному правительству, но во все время продолженія военнаго занятія она фактически пріостановлена и замѣнена другой. При чемъ нѣкоторые изъ интернаціоналистовъ, стоящихъ на этой точкѣ зрѣнія, какъ, напр., Догель [1]), считаютъ власть оккупанта международной и въ этомъ отношеніи сходятся съ гр. Комаровскимъ. Съ точки зрѣнія Догеля субъектомъ оккупаціи является международный союзъ, а оккупантъ только исполняетъ права и обязанности, вытекающія изъ этого права. Большинство же интернаціоналистовъ, стоящихъ на точкѣ зрѣнія, согласно которой суверенныя права надъ занятой территоріей принадлежатъ тому государству, территорію котораго она составляетъ, считаютъ власть оккупанта чисто фактической, не имѣющей никакого юридическаго значенія. (Бернье [2]), А. Моренъ, Руаръ-де-Каръ, Вакель, Гелль, Брентано, Орель и др.).

Мы не можемъ согласиться ни съ однимъ изъ приведенныхъ взглядовъ. Въ самомъ дѣлѣ, признать суверенитетъ оккупанта надъ занятой имъ территоріей нельзя, т. к. это противорѣчитъ не только постановленіямъ Гаагскихъ конференцій и регламентамъ различныхъ государствъ о законахъ и обычаяхъ войны, но и самому понятію occupatio bellica какъ состоянію, отличному отъ aquisitio territorii. Стать на точку зрѣнія, согласно которой занятая непріятелемъ территорія находится подъ его суверенитетомъ, это значитъ отрицать оккупацію и замѣнять ее аквизиціей, присоединеніемъ занятой терррриторіи. Нельзя согласиться и со взглядомъ, будто оккупантъ является представителемъ чужого права территоріальнаго верховенства (будетъ ли это правомъ особаго не признаннаго до сихъ поръ субъекта права «международнаго общенія» или правомъ противника). Несомнѣнно, оккупантъ осуществляетъ свою власть надъ занятой имъ территоріей отъ своего собственнаго имени и въ своихъ собственныхъ интересахъ. Но, съ другой стороны,

[1]) М. Догель «О военномъ занятіи (Occupatio bellica) Казань 1883 г.

[2]) Особенно обстоятельно воззрѣніе это защищается Бернье въ его «De l'occupation militaire en temps de guerre» 1884 г.

Digitized by Google

несомнѣнно также и то, что оккупированная, но не аннексированная территорія остается территоріей того государства, которому она принадлежала до войны. Какъ же можно юридически конструировать соотношеніе власти оккупанта и власти того государства, чья территорія оккупирована? Намъ думается, что такую конструкцію можно дать только, отказавшись отъ понятія недѣлимаго территоріальнаго верховенства. Территоріальный суверенитетъ понятіе сложное, и его можно и должно расчленить.

Интересное расчлененіе понятія территоріальное верховенство и рѣшеніе вопроса о юридической природѣ военной оккупаціи даетъ проф. А. Л. Байковъ въ своей книгѣ «Международная правоспособность папства». Согласно взглядамъ названнаго автора территоріальная власть выражается въ трехъ, органически между собою связанныхъ формахъ: территоріальной—въ тѣсномъ смыслѣ слова, экстерриторіальной и детерриторіальной. Территоріальная власть въ тѣсномъ смыслѣ слова есть форма господства, въ силу которой тотъ или иной общественный организмъ, соразмѣрно содержанію присвоенной ему власти, подчиняетъ себѣ всѣхъ лицъ, находящихся въ предѣлахъ принадлежащей ему территоріи, не обусловливаясь при этомъ чужой властью Экстерриторіальная власть есть форма господства, въ силу которой данный общественный организмъ исключаетъ, въ предѣлахъ принадлежащей ему территоріи, господство другихъ властей. Детерриторіальная власть есть форма господства, въ силу которой по прекращеніи ограничительныхъ условій (напр., нейтрализаціи, оккупаціи и т. д.) ipso iure возстанавливаются эвентуально недостающія данному общественному организму территоріальныя формы верховенства. «Оккупантъ —пишетъ далѣе названный интернаціоналистъ [1])—получаетъ право господства въ предѣлахъ непріятельской территоріи, а такое исключаетъ, аналогичное по содержанію, господство противника въ границахъ послѣдней, другими словами—пріобрѣтаетъ территоріальную власть въ тѣсномъ смыслѣ слова и экстерриторіальную власть, поскольку обѣ формы господства не обусловливаются въ своемъ бытіи властью противника или согласіемъ подчиняемаго населенія. Ихъ источникъ коренится въ самомъ фактѣ завладѣнія (corpus) и волѣ господствующаго комбатанта (animus). Самобытность и авторитетность фактовъ господства, осуществляемыя оккупантомъ въ предѣлахъ занятой имъ непріятельской территоріи, характеризуютъ оба существенныхъ элемента верховенства въ

[1]) А. Л. Байковъ «Современная международная правоспособность папства въ связи съ ученіемъ о международной правоспособности вообще» Спб. 1904 стр. 172.

Digitized by Google

отличіе отъ производныхъ по природѣ своей полномочій—съ одной стороны и договорнаго права требованія—съ другой».

Но оккупація сама по себѣ недостаточна для пріобрѣтенія оккупантомъ детерриторіальнаго верховенства по отношенію къ занятой мѣстности, поскольку непріятель вплоть до окончанія войны сохраняетъ за собою право на возстановленіе недостающихъ ему элементовъ господства въ предѣлахъ данной территоріи, по прекращеніи ограничительныхъ условій (оккупаціи), исключившихъ обладаніе этими элементами. Положеніе оккупанта является преходящимъ, а потому онъ не въ правѣ осуществлять въ предѣлахъ непріятельской мѣстности такихъ актовъ власти, которые предполагаютъ длящееся отношеніе къ территоріи, связанное детерриторіальнымъ верховенствомъ».

При всѣхъ своихъ достоинствахъ данное рѣшеніе не можетъ, думается намъ, не быть признаннымъ чрезвычайно сложнымъ. Близкое къ этому, но значительно менѣе искусственное рѣшеніе вопроса о юридической природѣ военной оккупаціи непріятельской территоріи, по нашему мнѣнію, можетъ быть дано съ точки зрѣнія различенія территоріальнаго верховенства въ государственноправовомъ и въ международноправовомъ смыслахъ. На выясненіи этого послѣдняго рѣшенія вопроса о томъ, кому принадлежитъ территоріальное верховенство надъ оккупированной территоріей, мы и закончимъ нашу статью.

Какъ извѣстно, мнѣнія ученыхъ по вопросу о юридической природѣ территоріальнаго верховенства чрезвычайно расходятся. Въ литературѣ было выставлено четыре различныхъ взгляда на то, что такое суверенитетъ государства надъ территоріей.

Нѣкоторые ученые, напр., Клаусъ [1]), Ульманъ [2]), Герберъ [3]) и Лабандъ [4]), разсматриваютъ право государства на территорію, какъ публично вещное право, которое, какъ это особенно подчеркиваетъ Герберъ, существенно отличается отъ гражданскаго вещнаго права и въ частности отъ права собственности. Въ подтвержденіе того, что право государства надъ территоріей есть право публично-вещное, они указываютъ на то, что государство можетъ получить надъ территоріей международноправовый сервитутъ, можетъ отдать территорію въ публичноправовую аренду (какъ, напр.,

[1]) Clauss «Lehre von der Staatsdienstbarkeiten» 1894 S. 142 ff.

[2]) E. Ullmann «Völkerrecht» Tübingen 1908 г.

[3]) Fr. v. Gerber «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts». 1865 г. S. 63.

[4]) Laband «Das Staatsrecht des deutschen Reichs II Auf. Bd. I S. 174 ff. «Die gebietshoheit ist die Staatsgewalt selbst».

Digitized by Google

это дѣлаетъ часто Китай), можетъ заложить территорію, продать ее (какъ въ настоящее время Данія продаетъ свои Вестъ-Индскіе острова), добровольно уступить ее, пріобрѣсти «безхозяйную» территорію и т. д. Другіе ученые, какъ Незабитовскій [1]), Шалландъ [2]), Фрикеръ [3]) и Мейеръ [4]) полагаютъ, что говорить о вещныхъ правахъ государства надъ территоріей—это значитъ переносить въ публичное право частноправовыя конструкціи. Территоріальное верховенство, съ ихъ точки зрѣнія, это власть не надъ территоріей, а надъ людьми, на этой территоріи живущими. Территорія въ публично-правовомъ смыслѣ слова это—пространство государственной власти. Выраженія: аренда, сервитутъ, залогъ территоріи по отношенію къ публичнымъ правамъ надъ территоріей являются только неудачными метафорами, и за ними скрывается передача правъ не на территорію, а правъ государственной власти въ предѣлахъ территоріи. Наконецъ, третьи ученые, какъ Розинъ [5]), Цительманъ [6]) и Саккетти [7]) полагаютъ, что, съ точки зрѣнія государственноправовой, территорія является сферой господства и территоріальное верховенство правомъ чисто публичнымъ, а съ точки зрѣнія международноправовой объектомъ власти и территоріальное верховенство является правомъ публичновещнымъ. Такое различное значеніе понятія территоріальнаго верховенства въ различныхъ научныхъ дисциплинахъ, мы думаемъ, вполнѣ возможно принять въ виду его удобства, а по нашему мнѣнію, всѣ юридическія конструкціи должны разсматриваться не съ онтологической, а съ прагматической точки зрѣнія. Самое понятіе вещнаго права есть понятіе прагматическое. Всякое право, какъ на это справедливо указываетъ, напр., Фрикеръ, всегда регулируетъ отношенія между людьми, но не между людьми и вещами. Однако, для удобства юридическихъ конструкцій цивилистами создано понятіе вещнаго права. Для опредѣленія государственнаго суверенитета надъ территоріей, поня-

---

[1]) Незабитовскій. «Ученіе публицистовъ о междугосударственномъ владѣніи». Кіевъ. 1860 г. Особ. ст. 57. Зародышъ этой мысли можно найти въ опредѣленіи государственной территоріи Вольфа «locus in quo quis imperium habet» (Inst. § 125).

[2]) Шалландъ. «Юридическая природа территоріальнаго верховенства». Историко-догматическое изслѣдованіе. Спб. 1903 г.

[3]) Fricker «Vom Staatsgebiete» Tübingen 1867 г.

[4]) Meyer «Lehrbuch des deutschen Staatsrechts» § 74. Территорію онъ опредѣляетъ какъ «räumlicher Umfang der Staatsherrschaft».

[5]) R sin «Das Recht der öffentlichen genossenschaft».

[6]) Zitelmann Internationales Privatrecht, Bd. I Leipzig 1897 S. 90 ff.

[7]) А. Л. Саккетти «Основныя ученія о территоріальности государства» въ «Извѣстіяхъ Министерства Иностранныхъ Дѣлъ» 1913 г. кн. IV стр. 163—183.

Digitized by Google

тіе публично-вещнаго права не можетъ быть принято, т. е. территорія въ смыслѣ пространства, на которомъ осуществляется суверенная власть [1]), составляетъ существенный признакъ государства, а не объектъ его права. Государство безъ территоріи немыслимо. Но другое дѣло съ международноправовой точки зрѣнія. Эта точка зрѣнія, несомнѣнно, имѣетъ много общаго съ частноправовой, и нѣкоторые ученые, какъ, напр., Петражицкій и отчасти бар. Ольденбургъ, даже не считаютъ международное право публичнымъ. Мы не идемъ такъ далеко, но все же считаемъ, что международное право въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ подобно гражданскому: оно такъ же право координаціонное (а не субординаціонное, какъ государственное). Но, въ отличіе отъ гражданскаго права, координація здѣсь совершается въ публичномъ, а не въ частномъ интересѣ и базируется на междувластныхъ отношеніяхъ, а не на властноправныхъ нормахъ (напр. X тома С. З.). Въ виду сходства международнаго права въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ съ гражданскимъ, въ немъ вполнѣ пріемлема конструкція вещнаго права, съ той оговоркой, что это вещное право sui generis, что оно публично-вещное право. Эта конструкція очень удобна не только для объясненія такихъ явленій, какъ международноправовые сервитуты, залогъ, продажа и пріобрѣтеніе территоріи, но и для объясненія понятія военной оккупаціи. Съ точки зрѣнія международнаго права территорія есть не сфера государственной власти, а ея объектъ, и потому съ этой точки зрѣнія она не является существеннымъ признакомъ государства. Столь острый въ настоящій моментъ вопросъ о государствахъ безъ территоріи (напр., Бельгіи, Черногоріи и Сербіи, земли которыхъ оккупированы [2]), съ этой точки зрѣнія можетъ быть рѣшенъ довольно легко. Лишившись территоріи государственно-правовая власть замираетъ. Но государство, какъ субъектъ международнаго права, можетъ нѣкоторое время продолжать свое существованіе.

Лишенное власти въ извѣстной территоріи государство не теряетъ на эту территорію своихъ правъ въ международноправовомъ смыслѣ слова. Потерявъ чисто публичную государственноправовую (по терминологіи Байкова—территоріальную въ узкомъ смыслѣ

---

[1]) Это пространство, съ нашей точки зрѣнія, не должно быть непремѣнно неподвижной территоріей. Оно можетъ и измѣняться, какъ у кочующихъ племенъ. Но важно, чтобы всегда была сфера исключительной власти для того, чтобы признать наличность государства.

[2]) См., напр., М. Лазерсонъ «Государство безъ территоріи» въ «Русской Мысли» 1915 г. кн. 2 и Шацкій «Государственное правовое положеніе Бельгіи. Право 1914 г. № 95.

Digitized by Google

слова и экстерриторіальную [3]) власть надъ извѣстной областью, государство сохраняетъ надъ ней международноправовое (по терминологіи Байкова детерриторіальное) право. Такимъ образомъ, на вопросъ—кому принадлежитъ территоріальное верховенство надъ занятой территоріей мы отвѣчаемъ: Международноправовое территоріальное верховенство принадлежитъ тому государству, которому принадлежало и до оккупаціи, а съ точки зрѣнія государственной—тому государству, которое властвуетъ въ предѣлахъ этой территоріи, т. е. оккупанту. Однако, послѣднее право ограничено различными международноправовыми нормами, которымъ оккупантъ обязанъ строго слѣдовать.

*А. М. Ладыженскій.*

---

[3]) То, что А. Л. Байковъ понимаетъ подъ этими терминами, является двумя сторонами государственнаго верховенства надъ территоріей. «Die gebietshcheit пишетъ Clauss «Die Lehre non den Staatsdienstbarkeiten» S. 142—ist die. Staatsgewalt selbst. Der Inhalt der Gebietshoheit ist ein doppelter. Positiv ist sie die unbeschränkte staatliche Herrschaft über das Staatsgebiet mit dem unbeschränkten staatsrechtlichen Ferfügungsrecht über das selbe; negativ ist sie das Recht des Staats jede Herrschaftshandlung eines fremden Staats auf seinem Gebiete als rechtswidrig zurückzuweisen».

Digitized by Google

# Судъ въ правовомъ государствѣ и наука уголовнаго процесса [1]).

## I.

Если даже богатство или оскудѣніе художественной литературы ставится иногда въ связь съ наличностью или отсутствіемъ въ общественной жизни крупныхъ руководящихъ идей, то еще въ большей мѣрѣ отъ этой причины должны зависѣть расцвѣтъ или упадокъ общественныхъ наукъ. Онѣ то же требуютъ воодушевленія, сосредоточенія дружныхъ силъ, особой бодрости научной мысли, которая крѣпнетъ въ атмосферѣ общественнаго сочувствія одной руководящей идеѣ. Къ счастью для нашего времени, у русскаго общества есть такая руководящая идея, уже ставшая лозунгомъ творческой научной работы.

Это—идея правового государства. Едва ли мы преувеличимъ, сказавъ, что стремленіе къ проведенію въ жизнь началъ правового государства переживается русскимъ обществомъ особенно остро, острѣе, чѣмъ на Западѣ, потому ли, что у насъ оно встрѣчаетъ больше, чѣмъ гдѣ-либо на Западѣ, препятствій къ своему осуществленію, или потому, что оно у насъ еще молодо, еще не перестало быть порывомъ, еще не превратилось въ настойчивую, но спокойную энергію.

Вѣдь, прошло едва десятилѣтіе съ того времени, какъ для насъ пробилъ тотъ часъ исторіи, о которомъ говорилъ Іерингъ въ словахъ: «Времена политическихъ переворотовъ, революцій, анархій представляютъ собою тотъ школьный часъ исторіи, когда послѣдняя читаетъ народамъ лекціи о государствѣ и правѣ». Мы еще не прошли новый курсъ лекцій, объявленный намъ нашей исторіей при нашемъ переходѣ въ XX столѣтіе; мы продолжаемъ напряженно прислушиваться къ ея волнующимъ своею новизною

[1]) Прочитано 27 сентября 1916 года въ качествѣ вступительной лекціи къ курсу уголовнаго процесса въ Демидовскомъ Юридическомъ Лицеѣ въ Ярославлѣ.

Digitized by Google

словамъ, мы еще не утратили свѣжести интереса къ новымъ поня тіямъ о государствѣ и правѣ. Среди этихъ понятій центральное мѣсто принадлежитъ понятію правового государства. Поэтому, все, что способствуетъ теоретическому уясненію этого понятія или указываетъ практическіе пути къ его осуществленію въ жизни, можетъ разсчитывать на особое вниманіе, въ особенности со стороны лицъ, спеціально изучающихъ право; поэтому же, имѣетъ основаніе разсчитывать на ваше особое вниманіе наука объ уголовномъ судѣ и его дѣятельности.

Чтобы это утвержденіе не было голословнымъ, позвольте нѣсколькими общими штрихами очертить тѣ стороны дѣятельности суда вообще и уголовнаго въ частности, которыя заставляютъ считать судъ фундаментомъ правового государства.

Для того, чтобы уяснить себѣ роль суда въ правовомъ государствѣ, достаточно сказать о послѣднемъ, что оно характеризуется господствомъ объективнаго права и признаніемъ широкихъ субъективныхъ правъ гражданъ. Право и права—вотъ тѣ слова, которыя должны быть написаны на знамени правового государства [1]).

Итакъ, господство объективнаго правопорядка—вотъ первое условіе, безъ котораго государство не можетъ называться правовымъ. Для насъ звучатъ, быть можетъ, съ еще большею силою и обладаютъ еще большимъ обаяніемъ, чѣмъ для современниковъ Руссо, его нерѣдко [2]) цитируемыя слова: «Я желалъ бы жить и умереть свободнымъ, т. е. до такой степени подчиненнымъ законамъ, что бы ни я, ни кто другой не могъ сбросить этого почетнаго ига, этого благотворнаго и сладкаго ига, передъ которымъ и самыя благородныя головы склоняются тѣмъ охотнѣе, чѣмъ менѣе онѣ способны переносить какое бы то ни было другое иго». Нерѣдко это «иго», т. е. господство объективнаго правопорядка, обозначается словами: «верховенство права»,—словами, выражающими идею ограниченія государственной власти правомъ. Эта идея ограниченія власти правомъ находитъ самое раннее осуществленіе въ судѣ [3]). еще при полной устойчивости тѣхъ началъ, на которыхъ покоится абсолютная монархія.

Такъ, во Франціи участіе въ отправленіи правосудія короля, который могъ подчинить законъ своему усмотрѣнію, уже къ XVII вѣку настолько вышло изъ употребленія, что на случаи осуществле-

---

[1]) См. П. Струве: «Право и права» въ его сборникѣ «На разныя темы». Спб. 1902.

[2]) См., напр., А. С. Алексѣевъ. Къ ученію о юридической природѣ государства, М. 1894, стр. 7.

[3]) С. А. Котляревскій. Власть и право. 1915, стр. 328.

Digitized by Google

нія судебныхъ функцій Людовикомъ XIII современники смотрѣли, какъ на нѣчто исключительное и совершенно необычайное [1]). Въ Пруссіи еще въ 1739 г. король Фридрихъ Вильгельмъ I (отецъ Фридриха Великаго) угрожалъ повѣсить безъ пощады рядомъ съ собакой каждаго, кто обратится къ нему съ жалобой на рѣшенное судами дѣло. Въ рескриптѣ отъ 22 октября 1752 г. Фридрихъ Великій объявилъ, что онъ не намѣренъ непосредственно вмѣшиваться въ отправленіе правосудія, такъ какъ хочетъ, чтобы все совершалось сообразно съ правомъ и законами страны, которымъ онъ самъ готовъ подчиниться въ своемъ собственномъ дѣлѣ [2]). У насъ Судебные Уставы—слѣдовательно, задолго до введенія новаго государственнаго строя,—запретивъ принимать кому бы то ни было жалобы на рѣшенія Сената, какъ верховнаго кассаціоннаго суда (ст. 927 уст. уг. суд.), тѣмъ самымъ признали за закономъ высшій, непререкаемый, не умаляемый даже усмотрѣніемъ самодержавнаго монарха, авторитетъ въ дѣлахъ правосудія.

Не только самое раннее, но и самое полное выраженіе идеи ограниченія власти правомъ находитъ себѣ въ судѣ [3]): судебное рѣшеніе, по общему правилу, не можетъ быть ничѣмъ инымъ, какъ результатомъ примѣненія правовой нормы къ судебному случаю.

Господство объективнаго права требуетъ гарантій, дающихъ защиту праву. Эти гарантіи могутъ быть двоякаго рода: предупреждающія, чтобы подъ именемъ права не вводилось въ жизнь то, что не есть право, и обезпечивающія подлинное право отъ нарушеній, отъ произвола. То и другое составляетъ задачу правосудія,—правда, не его одного, но правосудіе есть именно та государственная функція, спеціальное назначеніе которой заключается въ защитѣ права [4]).

Судъ, по общему правилу, разрѣшаетъ искъ. Всякій искъ есть утвержденіе, что кому-либо—физическому, лицу, корпораціи, учрежденію, или даже самому государству,—принадлежитъ какое-либо право, напр., право наказанія. Это утвержденіе нуждается въ провѣркѣ со стороны суда. Судъ не можетъ выполнить своей задачи, не обратившись къ той нормѣ, изъ которой выводится субъективное право лица (физическаго или юридическаго), и не

---

[1]) И. Я. Фойницкій. Курсъ угол. судопр. т. I (1896), стр. 166—167.

[2]) В. М. Гессенъ. Теорія правового государства, въ сборникѣ «Политическій строй современныхъ государствъ». Спб. 1905, стр. 123.

[3]) G. Iellinek, Das Recht des modernen Staates, Berlin, 1905, S. 606; рус. перев: Еллиникъ, Право современнаго Государства, 1903, стр. 414.

[4]) Illinek, op. cit., S. 773: русск. перев. 1903 г., стр. 531.



Digitized by Google

провѣривъ, въ случаѣ сомнѣнія, правомѣрности самой нормы, т. е. не провѣривъ, насколько она сама есть право въ объективномъ смыслѣ. Въ теоріи вопросъ о томъ, въ какомъ объемѣ суду можетъ принадлежать полномочіе провѣрять объективную правомѣрность тѣхъ нормъ, изъ которыхъ выводятся субъективныя права, вызываетъ разногласія; не одинаково формулируется рѣшеніе вопроса и въ положительномъ правѣ.

Наиболѣе широкое рѣшеніе вопросъ получилъ въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ. Здѣсь судъ стоитъ на стражѣ не только правомѣрности актовъ исполнительной власти, но и самаго закона, и притомъ не только съ точки зрѣнія формальной, но и по существу, по содержанію. Это право принадлежитъ всѣмъ судамъ Соединенныхъ Штатовъ и считается безспорнымъ еще съ 1803 г.—со времени знаменитаго рѣшенія главнаго судьи (chief justice) Маршаля. Конституція,—разсуждалъ этотъ судья,— устанавливаетъ принципы, которыми ставятся предѣлы для дѣятельности всѣхъ властей Соединенныхъ Штатовъ; если это такъ, то всякій законъ, противорѣчащій конституціи, ничтоженъ. Но въ такомъ случаѣ обязаны ли суды примѣнять законъ, по существу ничтожный, недѣйствительный? «Составляетъ ли онъ для судовъ норму такую же дѣйствительную, какъ если бы онъ былъ закономъ? Признать это значило бы на дѣлѣ ниспровергнуть то, что признано въ теоріи; большая нелѣпость такого результата настолько очевидна, что было бы безполезно доказывать ее» [1]).

Если бы судъ какого-нибудь штата не призналъ заслуживающей уваженія ссылку на противорѣчіе закона штата конституціи Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ или даже обыкновеннымъ федеральнымъ законамъ, то заинтересованная сторона можетъ жаловаться въ Верховный Судъ, который и есть, такимъ образомъ, высшая кассаціонная инстанція, контролирующая соблюденіе конституціи и федеральныхъ законовъ законодательными властями штатовъ [2]).

Какъ всякій судъ, американскій верховный судъ разрѣшаетъ только конкретные казусы; поэтому, онъ не можетъ общимъ обра-

---

[1]) Цит. у Maurice Wohlgemuth, Des droits individuels et de leur garantie judiciaire spécialement contre le pouvoir judiciaire, Paris, 1905, pp. 158—160.

[2]) Однако, ошибочно, какъ это иногда дѣлается, приписывать только Верховному суду право признавать законъ противорѣчащимъ федеральнымъ законамъ; напротивъ, если судъ какого-либо штата отдастъ предпочтеніе федеральному закону передъ закономъ своего штата, то сторонѣ, сославшейся на законъ штата, не принадлежитъ даже право жалобы въ верховный судъ. M. Wohlgemuth, op. cit. pp. 170—171.

Digitized by Google

зомъ декларировать неконституціонность закона, но, отказывая въ примѣненіи законодательнаго акта къ конкретному случаю, онъ тѣмъ самымъ дѣлаетъ въ будущемъ безполезной всякую ссылку на него и, такимъ образомъ, превращаетъ его въ мертвую букву. По даннымъ, сообщаемымъ уже въ книгѣ Мюнстерберга «Американцы», двадцать одинъ разъ девять верховныхъ судей, засѣдающихъ въ Вашингтонскомъ Капитоліи, признали недѣйствительными законы, изданные конгрессомъ, и свыше двухсотъ разъ—законы, изданные въ отдѣльныхъ штатахъ, на томъ основаніи, что эти законы противорѣчили конституціи [1]).

Изъ числа европейскихъ странъ, на федеральномъ судѣ въ Швейцаріи лежитъ обязанность защищать гражданъ отъ такихъ **кантональныхъ** (но не федеральныхъ) законовъ, которые противорѣчатъ конституціи [2]).

Если въ томъ объемѣ, въ какомъ оно признается въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ или даже въ Швейцаріи, полномочіе суда провѣрять правомѣрность самихъ нормъ объективнаго права вызываетъ возраженія и нѣкоторыя опасенія [3]), то, напротивъ, представляется безспорнымъ право суда провѣрять законномѣрность распоряженій и постановленій органовъ исполнительной власти [4]). Это право признается и у насъ. Ст. 29 Уст. о нак. предоставляетъ мировымъ судьямъ карать виновныхъ въ «неисполненіи законныхъ распоряженій, требованій или постановленій

---

[1]) Гюго Мюнстербергъ, «Американцы», 1905, стр. 162.

[2]) См. M. Wohlgemuth, op. cit. pp. 184—192. Случалось, что и въ Норвегіи суды отказывали въ примѣненіи законовъ, въ виду нарушенія ими конституціонныхъ началъ. См. Larnaud, Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif, въ Bulletin mensuel de la société de législ. comparée, 1902, № 3, p. 176.

[3]) См. Orlando, Principii di diritto costituzionale, 1906, p. 259; рус. переводъ Н. Полянскаго и А. Яшенко: Орландо, Принципы конституціоннаго права, М. 1907, стр. 243. Напротивъ, скорѣе сочувствуетъ судебному контролю за тѣмъ, чтобы законодательная власть въ своей дѣятельности оставалась въ предѣлахъ своей компетенціи, Duguit, L'Etat, les gouvernants et les agents, 1903, p. 520. Что касается опыта Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, то, повидимому, результаты этого опыта неодинаково благопріятны для верховнаго суда, и для судовъ отдѣльныхъ штатовъ: если рѣшенія перваго пользуются непререкаемымъ авторитетомъ, то, напротивъ, рѣшенія судовъ отдѣльныхъ штатовъ, которыми тѣ или другіе законы объявлялись противорѣчащими конституціи, не разъ вызывали упрекъ въ тенденціозности; нѣкоторые примѣры см. у Н. Полянскаго, Коалиція рабочихъ и предпринимателей съ точки зрѣнія уголовнаго права, М. 1909, стр. 406, 410—411. См. также по тому же вопросу интересный проектъ конституцій новыхъ штатовъ Аризона и Новая Мексика, въ «Правѣ», 1910 г. № 50, стр. 3079.

[4]) С. А. Котляревскій, Власть и право, 1915, стр. 333.



Digitized by Google

правительственныхъ и полицейскихъ властей, а равно земскихъ и общественныхъ учрежденій»; въ практикѣ уголовнаго кассаціоннаго департамента сената, призваннаго къ истолкованію смысла законовъ, никогда не возникало сомнѣній въ томъ, что ст. 29 уполномочиваетъ, а слѣдовательно, и обязываетъ судъ провѣрять законность распоряженій исполнительной власти, какъ съ формальной точки зрѣнія, такъ и по существу [1]). Поэтому, нельзя не считать, что статьею 29 устава о нак., поскольку ею установленъ контроль суда надъ законностью распоряженій властей, наши Судебные Уставы 1864 г.—ибо первоначально Уставъ о наказаніяхъ входилъ въ Судебные Уставы—заложили одинъ изъ камней для воздвигающагося у насъ зданія правового государства.

Господство объективнаго правопорядка предполагаетъ, далѣе, какъ сказано, защиту права, за устраненіемъ изъ него мнимаго или самозваннаго права, отъ нарушеній его. Защитѣ права отъ нарушеній служитъ, какъ гражданское, такъ и уголовное правосудіе; первое борется съ гражданской неправдой, второе—съ преступленіями, первое возстановляетъ нарушенное право, второе прибѣгаетъ къ уголовной репрессіи.

Изъ всѣхъ нарушеній права наиболѣе угрожаютъ его авторитету въ государствѣ тѣ, которыя исходятъ отъ агентовъ государственной власти, отъ должностныхъ лицъ. Мой непосредственный предшественникъ по каѳедрѣ, которую я занимаю, покинувшій ее съ авторитетнымъ именемъ и доброй славой, В. Н. Ширяевъ въ своей, недавно вышедшей въ свѣтъ, монографіи такъ говоритъ о значеніи должностныхъ преступленій: «Если массовое проявленіе общей преступности способно вызвать и породить общественную тревогу, то развитіе и умноженіе должностныхъ преступленій должно быть разсматриваемо, какъ общественное бѣдствіе» [2]). Служители государства, претендующаго быть созидателемъ и хранителемъ общественнаго правопорядка,—должностныя лица одновременно и подрываютъ престижъ государственной власти и умаляютъ силу права, когда, вмѣсто того, чтобы давать примѣръ строгаго соблюденія его требованій, они сами въ своей служебной дѣятельности нарушаютъ его. Поэтому, существенный признакъ правового государства составляетъ неуклонная отвѣтственность должностныхъ лицъ—дисциплинарная, гражданская и уголовная. Можно спорить о желательныхъ предѣлахъ этой послѣдней отвѣт-

---

[1]) См. подробно въ нашей статьѣ «Мировой судъ» въ изд. «Судебная реформа», т. II, стр 209—210.

[2]) В. Н. Ширяевъ, Взяточничество и лиходательство въ связи съ общимъ ученіемъ о должностныхъ преступленіяхъ, Яросл., 1916, стр. 1.

Digitized by Google

ственности съ точки зрѣнія матеріальнаго уголовнаго права [1]), но несомнѣнно, что въ тѣхъ или иныхъ предѣлахъ и уголовная отвѣтственность должностныхъ лицъ является однимъ изъ дѣйствительныхъ факторовъ, обезпечивающихъ «верховенство права», если только она не обставлена особыми «процессуальными препятствіями», затрудняющими привлеченіе должностныхъ лицъ къ суду. Напротивъ, пока должностныя лица, вмѣсто того, чтобы нести сугубую отвѣтственность передъ судомъ за нарушеніе ихъ служебнаго долга, пользуются особою привилегіею въ видѣ такъ наз. административной гарантіи, въ силу которой они не иначе могутъ быть преданы суду, какъ съ разрѣшенія и по постановленію не судебной, а административной власти, до тѣхъ поръ не только второстепенныя частности правопорядка, но самыя основы государственнаго строя не могутъ считаться достаточно упроченными. Такъ, напр., та или другая система выборовъ народныхъ представителей въ парламентъ теряетъ значительную долю своей цѣнности, если должностныя лица, принимающія участіе въ организаціи выборовъ, могутъ безнаказанно фальсифицировать голосъ общества.

Но правовое государство характеризуется не только верховенствомъ объективнаго права,—оно вмѣстѣ съ тѣмъ щедро надѣляетъ гражданъ субъективными правами, гарантирующими важнѣйшіе интересы личности. Конечно, неуклонное соблюденіе велѣній права уже само по себѣ представляется культурной цѣнностью, но правовое государство умножаетъ эту цѣнность тѣмъ, что вкладываетъ въ право содержаніе, благопріятное для гражданской самодѣятельности. «Правомѣрность» правового государства знаменуетъ собою не только господство въ немъ объективнаго права, но и ограниченность въ немъ власти правами человѣка и гражданина.

Защищая объективный правопорядокъ, судъ тѣмъ самымъ защищаетъ и признанныя этимъ правопорядкомъ субъективныя права гражданъ, въ томъ числѣ и такъ наз. неотъемлемыя права. Изъ числа этихъ правъ права личной свободы гражданъ и, въ частности, важнѣйшее изъ «неотъемлемыхъ» правъ—неприкосновенность личности [2]), находятся подъ особой защитой уголовнаго

[1]) Въ современныхъ уголовныхъ законодательствахъ наблюдается тенденція къ сокращенію круга должностныхъ преступленій, причемъ эта тенденція соотвѣтствуетъ другой: къ все большему развитію въ дисциплинарной отвѣтственности черть юрисдикціоннаго характера, другими словами, къ превращенію дисциплинарной отвѣтственности въ отвѣтственность передъ дисциплинарнымъ судомъ. См. Duguit, L'Etat, les gouvernants et les agents, 1903, pp. 634—635.

[2]) См. у Б. А. Кистяковскаго (Государство правовое и соціалистическое, въ «Вопросахъ философіи и психологіи», 1906 г. кн. V, стр. 475—476) сообра-

Digitized by Google

суда. Въ современной доктринѣ все чаще и чаще высказывается взглядъ, объясняющій самое существованіе уголовнаго суда цѣлью обезпеченія «великаго принципа свободы и самодѣятельности личности» [1]). Вотъ методъ разсужденія, который приводитъ къ такому выводу: современное государство монополизировало въ своихъ рукахъ власть принужденія для охраны права, въ частности, власть примѣненія наказанія, какъ «квалифицированнаго принужденія», но такъ какъ всякая власть таитъ въ себѣ опасность злоупотребленія ею, «такъ какъ внѣшнія принудительныя мѣры, а въ особенности наказаніе, могутъ при злоупотребленіи ими привести къ неисчислимымъ бѣдствіямъ для человѣчества», то нельзя предоставить власти пользоваться принудительными мѣрами безъ гарантій личной свободы, поскольку она признана правомъ,—другими словами, безъ тѣхъ факторовъ, которые превращаютъ силу въ право; среди такихъ факторовъ «едва ли не самымъ важнымъ» является уголовный судъ: въ немъ даются гарантіи того, что обвиняемый не превратится въ простой объектъ изслѣдованія и примѣненія принудительныхъ мѣръ, «что въ немъ будетъ уважаться личность, что эта личность будетъ признаваться спорящею стороною, обладающею такими же правами, какъ и другая сторона, т. е. государство», и, наконецъ, что споръ между государствомъ, предъявляющимъ къ гражданину обвиненіе, съ цѣлью подвергнуть его наказанію, и обвиняемымъ «будетъ рѣшенъ безпристрастнымъ третьимъ, вполнѣ компетентнымъ для порученія ему столь отвѣтственной задачи» [2]).

Въ правовомъ государствѣ судъ не только даетъ гарантію противъ злоупотребленія, въ ущербъ личной свободѣ гражданъ, правомъ государства на наказаніе; его контролю подчиняется примѣненіе принудительныхъ мѣръ и внѣ области наказанія. Классическій примѣръ такого контроля—извѣстный англійскій институтъ Habeas Corpus, въ силу котораго каждый, считающій себя неправильно лишеннымъ свободы, имѣетъ право просить судъ о провѣркѣ основаній его задержанія [3]).

---

женія объ особомъ, по сравненію съ другими свободами, значеніи неприкосновенности личности; то-же въ его книгѣ «Соціальныя науки и право», М., 1916, стр. 561.

[1]) I. В. Михайловскій, Основные принципы организаціи уголовнаго суда, 1905, стр. 61.

[2]) I. В. Михайловскій, op. cit. стр. 17—50.

[3]) Мы, однако, не можемъ согласиться съ I. В. Михайловскимъ, который изъ факта надѣленія суда правомъ контроля принимаемыхъ государственной властью принудительныхъ мѣръ для охраны правопорядка выводитъ теорію «монополіи судебнаго принужденія» или сосредоточенія «монополіи силы»

Digitized by Google

Вотъ въ общихъ чертахъ та роль суда, которая дастъ ему право именоваться фундаментомъ правового государства, и которая оправдываетъ претензію науки о судѣ на такое же вниманіе къ ней, какъ и то, которымъ пользуется ученіе о конституціонныхъ учрежденіяхъ правового государства. Эти учрежденія долгое время на томъ эзоповскомъ языкѣ, который былъ у насъ въ употребленіи въ доконституціонный періодъ, назывались у насъ «увѣнчаніемъ зданія». Понятно, что взоры обывателя часто привлекаетъ къ себѣ «увѣнчаніе зданія», которое можетъ придать опредѣленный стиль всей постройкѣ, и рѣдко его фундаментъ, но архитекторъ, которому поручена оцѣнка зданія, всегда прежде всего изслѣдуетъ, насколько надежны его устои. Такъ же и для юриста фундаментъ государственнаго зданія долженъ представлять, по крайней мѣрѣ, такой же интересъ, какъ его куполъ, а процессъ уголовный и гражданскій—такой же интересъ, какъ и государственное право.

## II.

Впрочемъ, противоположеніе судебнаго права и государственнаго права неточно. Какъ указываетъ Еллинекъ, нѣтъ никакой возможности провести пограничную черту между уголовнымъ и гражданскимъ процессомъ—съ одной стороны, и государственнымъ правомъ—съ другой, почему онъ объединяетъ эти отрасли права, вмѣстѣ съ уголовнымъ матеріальнымъ и административнымъ правомъ, подъ общимъ наименованіемъ государственнаго права въ широкомъ смыслѣ. Относительную самостоятельность уголовнаго и судебнаго права Еллинекъ объясняетъ исторически: тѣмъ, что эти отрасли права были урегулированы законодателемъ раньше государственнаго права въ тѣсномъ смыслѣ; предпочитая не устанавливать для себя опредѣленныхъ правилъ дѣятельности, власть въ абсолютномъ государствѣ сознала, однако, сравнительно рано необходимость упорядочить судебный процессъ и точно установить тѣ нормы, нарушеніе которыхъ навлекаетъ кару на виновныхъ; хотя самая природа абсолютнаго государства не благопріятствуетъ точному урегулированію публичнаго права, тѣмъ не менѣе и въ такомъ государствѣ сравнительная устойчивость и опредѣленность

въ рукахъ судьи (см. op. cit. стр. 58—59); право контролировать примѣненіе мѣръ государственнаго принужденія, какъ бы широко оно ни было поставлено, вовсе не равнозначуще распоряженію этими мѣрами (между тѣмъ авторъ именно говоритъ о судѣ, какъ объ «единственномъ органѣ власти, уполномоченномъ распоряжаться принудительными средствами охраны правопорядка»).

Digitized by Google

вносятся уже очень рано въ тѣ области публичнаго права, которыя имѣютъ наибольшее значеніе для частныхъ лицъ [1]).

Тѣсно соприкасаясь съ государственнымъ правомъ, та отрасль судебнаго права, которая составитъ предметъ нашего изученія—уголовный процессъ—тѣсно соприкасается и съ уголовнымъ правомъ въ собственномъ смыслѣ, болѣе тѣсно, чѣмъ гражданскій процессъ съ гражданскимъ правомъ; это потому, что, будучи предпосылкой или «предположеніемъ» уголовнаго процесса, уголовное право вмѣстѣ съ тѣмъ получаетъ примѣненіе не иначе, какъ черезъ посредство уголовнаго суда, между тѣмъ какъ гражданское право примѣняется въ жизни, по общему правилу, безъ обращенія заинтересованныхъ лицъ къ помощи суда [2]).

Внѣшнее выраженіе связь между уголовнымъ правомъ въ собственномъ смыслѣ и уголовнымъ процессомъ нашла себѣ въ самомъ наименованіи этихъ отраслей права, противополагаемыхъ другъ другу, какъ уголовное матеріальное и уголовное формальное право.

Если всѣ отрасли права теоретически одинаково интересны, то ихъ практическое значеніе можетъ быть неодинаково; сопоставленіе уголовнаго процесса и уголовнаго права дѣлаетъ еще болѣе наглядным особенное жизненное значеніе для интересовъ государства и общества надлежащей постановки правосудія. Въ самомъ дѣлѣ, разъ уголовный процессъ есть единственный путь, которымъ матеріальное уголовное право получаетъ примѣненіе, то понятна та зависимость, въ которой находится практическое примѣненіе уголовнаго законодательства отъ уголовнаго суда. Эту зависимость народная наблюдательность выразила въ поговоркѣ: «законы хороши, да суды супостаты». И, дѣйствительно, самый хорошій теоретически уголовный законъ можетъ оказаться негоднымъ, если онъ примѣняется недостаточно подготовленными, зависимыми и потому пристрастными, небрежными и потому лихоимствующими судьями.

«Заботясь о защитѣ общества отъ преступленій,—замѣчаетъ итальянскій криминалистъ Ферри,—обыкновенно думаютъ только объ улучшеніи уголовнаго уложенія, тогда какъ прежде всего слѣ-

---

[1]) G. Jellinek, Das Recht des modernen Staates, Berlin, 1905, S. 376; рус. перев. В. М. Гессена и Л. В. Шалланда: Еллинекъ, Право современнаго государства, 1903, стр. 252.

[2]) Подробно останавливается на значеніи уголовнаго процесса для уголовнаго права Bierling въ статьѣ «Strafrechtsverhältniss und Strafprozessverhältniss» въ «Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft» 10 B. 1890, S. 289 ff. и 314 ff, см. также Garraud, Traité d'instr. criminelle, t. I, 1907, pp. 1—2, Д. А. Червонецкій, Предметъ и задачи науки уголовно—судебнаго права, въ «Ученыхъ Зап. Имп. Юрьевскаго Ун-та», 1911, № 2, стр. 7.

Digitized by Google

довало бы позаботиться о хорошей судебной организаціи, старательно выбирая чиновниковъ, потомъ заняться технической организаціей карательныхъ мѣръ (т. е. по преимуществу приспособленіемъ мѣстъ заключенія къ осуществленію разумныхъ цѣлей наказанія), реформою устава уголовнаго судопроизводства и только въ самомъ концѣ приняться за реформы уголовнаго уложенія». Въ подтвержденіе своей мысли Ферри приводитъ примѣръ, съ одной стороны, Англіи, гдѣ, несмотря на всѣ несовершенства матеріальнаго уголовнаго законодательства, уголовное правосудіе, благодаря высокимъ достоинствамъ и независимости судей, можетъ считаться удовлетворительнымъ, а съ другой—Италіи, гдѣ уголовное правосудіе «обременительно для честныхъ людей и безсильно для злодѣевъ» [1]).

Уголовный процессъ и уголовное право соприкасаются другъ съ другомъ не только потому, что уголовное право осуществляется лишь при посредствѣ уголовнаго процесса, но и потому, что у нихъ есть, по крайней мѣрѣ, одна общая задача: задача огражденія личной свободы отъ злоупотребленій со стороны государства правомъ наказанія. По ставшему ходячимъ выраженію берлинскаго профессора Листа, уголовное уложеніе—всякое уголовное уложеніе, какъ бы плохо оно ни было,—есть «великая хартія вольностей». Этими словами Листъ выразилъ ту мысль, что уголовные законы, очерчивая границы преступнаго, тѣмъ самымъ отмежевываютъ область ненаказуемыхъ дѣйствій, которыя граждане «вольны» совершать, не страшась уголовной кары [2]).

Опытъ показываетъ, что для осуществленія указанной задачи удовлетворительная постановка уголовнаго процесса важнѣе совершенства матеріальныхъ уголовныхъ законовъ. При хорошей постановкѣ дѣла правосудія недостатки матеріальнаго уголовнаго права неопасны. Наоборотъ, наиболѣе цѣлесообразный законъ, карающій преступленіе, является опаснымъ орудіемъ въ рукахъ суда, дурно организованнаго и недостаточно ограниченнаго

---

[1]) H. Ferri, La sociologie criminelle, Paris, 1905, p. 525; рус. перев. Э. Ферри, Уголовная соціологія, 1908, стр. 483—484.

[2]) Сама по себѣ мысль не новая; Листъ только придалъ ей форму, въ которой она стала популярной; ту-же мысль высказываетъ Биндингъ въ словахъ: «Die Strafdrohung ...zieht die Schranken zwischen einer Strafe und der anderen Strafe **ebensowohl als zwischen der Strafe und Nichtstrafe**», подчеркивая, при этомъ, (вслѣдъ за Гейнце), что «центръ тяжести уголовной угрозы» заключается вовсе не въ назначеніи наказанія, но, слѣдовательно, въ **ограниченіи** карательной власти государства и въ **отграниченіи** наказуемаго отъ ненаказуемаго). См. K. Binding, Die Normen und ihre Uebertretungen», Leipz., 1890, S. 17, Anm. 34.

Digitized by Google

въ своемъ произволѣ процессуальнымъ закономъ. «Гражданинъ можетъ еще оградить себя отъ дурныхъ уголовныхъ законовъ, тщательно соображаясь съ ними, до извѣстной степени по нихъ же указаніямъ стѣсняя свою свободу, не позволяя себѣ совершать того, что хотя само по себѣ непреступно, но запрещено несовершеннымъ закономъ, но лишенъ всякой возможности уберечь свою личность и свою свободу отъ уголовнаго суда жестокаго и неправаго. Невинный не можетъ предугадать, гдѣ, какъ и когда постигнутъ его удары уголовной репрессіи, и всегда остается подъ ними безпомощною и безсильною жертвою» [1]).

Изъ сказаннаго о значеніи уголовнаго суда въ государственной и общественной жизни выясняется и значеніе науки уголовнаго процесса, но я боюсь быть заподозрѣннымъ въ пристрастіи къ предмету своихъ спеціальныхъ занятій, въ томъ, что французы называютъ «jalusie de métier», а потому ссылаюсь на Монтескье, по словамъ котораго, «ничто въ мірѣ не имѣетъ для человѣческаго рода такого значенія, какъ ученіе о наиболѣе надежныхъ средствахъ, которыхъ должно придерживаться въ уголовномъ процессѣ. Въ нѣкоторыхъ странахъ это ученіе уже существуетъ, въ другихъ оно будетъ создано. Только на практическомъ осуществленіи этого ученія можетъ быть основана свобода, и въ государствѣ, которое имѣло бы самые лучшіе законы о процессуальныхъ средствахъ, гражданинъ, противъ котораго возбужденъ уголовный процессъ, и которому угрожало бы завтра быть повѣшеннымъ, былъ бы свободнѣе, чѣмъ паша въ Турціи» (L'esprit des lois, livre XII, ch. 2), конечно, потому, что, будучи невиновнымъ, онъ могъ бы быть болѣе, чѣмъ турецкій паша, спокойнымъ за свою участь.

## III.

Что же должно составить содержаніе науки уголовнаго процесса? Въ преддверіи ея стоятъ вопросы о сущности и цѣли уголовнаго процесса. Вопросъ о сущности уголовнаго процесса—это въ современной литературѣ, прежде всего, вопросъ о томъ, можетъ ли къ уголовному процессу быть примѣнена конструкція его по типу юридическаго отношенія, другими словами, есть ли уголовный процессъ юридическое отношеніе трехъ лицъ: судьи и двухъ

[1]) Н. В. Муравьевъ, О предметѣ и изученіи уголовнаго судоустройства и судопроизводства, въ сборникѣ «Изъ прошлой дѣятельности», т. 1. Спб. 1900, стр. 61—62.

Digitized by Google

сторонъ? Вопросъ этотъ въ высшей степени спорный, но его разсмотрѣніе дастъ возможность установить слѣдующія два безспорныя положенія, которыя важно формулировать теперь же, такъ какъ отъ нихъ зависитъ и содержаніе и изложеніе науки уголовнаго процесса: 1) уголовный процессъ въ правовомъ государствѣ скрываетъ въ себѣ цѣлую систему субъективныхъ публичныхъ правъ гражданъ[1]), въ томъ или иномъ качествѣ привлекаемыхъ къ суду: право обвиняемаго на защиту, на немедленное освобожденіе его по произнесеніи оправдательнаго приговора, на обжалованіе приговора, право извѣстныхъ категорій лицъ, вызванныхъ въ качествѣ свидѣтелей, на отказъ отъ дачи свидѣтельскаго показанія; ясно, что эта сторона уголовнаго процесса въ посвященной ему наукѣ, современной работѣ общественныхъ силъ надъ устроеніемъ правового государства, должна получить особую выпуклость; 2) къ какому бы выводу мы ни пришли по вопросу о возможности конструировать процессъ, какъ юридическое отношеніе, мы должны признать, что самая наглядная сторона процесса, нашедшая себѣ выраженіе и въ самомъ наименованіи его, заключается въ производствѣ, въ развивающейся дѣятельности суда и сторонъ.

Такъ какъ нѣтъ основаній считать эту внѣшнюю сторону процесса менѣе важной, чѣмъ его внутренняя сторона, которую рядъ процессуалистовъ видитъ въ юридическомъ отношеніи суда и сторонъ, то мы во всякомъ случаѣ не совершимъ погрѣшности, если при изложеніи науки уголовнаго процесса будемъ придерживаться не схемы юридическаго отношенія, а того плана, который самъ собою подсказывается при взглядѣ на внѣшнюю сторону процесса: если процессъ есть дѣятельность суда и сторонъ, то отсюда—естественное раздѣленіе науки уголовнаго процесса на два отдѣла, изъ которыхъ одинъ долженъ быть посвященъ субъектамъ процессуальной дѣятельности, суду и сторонамъ, а другой—самой процессуальной дѣятельности—судопроизводству [2]).

Уже съ XVII в., главнымъ образомъ, благодаря Эгарду Вейгелю и Пуффендорфу [3]), принято дѣлить юридическія дисциплины на общую и особенную части, но въ наукѣ уголовнаго процесса это подраздѣленіе ея матеріала еще не установилось—понятное слѣд-

---

[1]) Также П. И. Люблинскій, Новая теорія уг. процесса, Спб. 1916, стр. 42.

[2]) Такъ распредѣляется матеріалъ въ «Grundriss des deutschen Strafprozessrechts» Биндинга, хотя онъ и разсматриваетъ процессъ, какъ юридическое отношеніе между судомъ и сторонами.

[3]) Е. Спекторскій, Задача энциклопедіи права, Кіевъ, 1915 г., стр. 7.

Digitized by Google

тіе ея молодости: она, вѣдь, еще такъ недавно перестала быть чисто описательной наукой. Однако, и въ наукѣ уголовнаго процесса изъ обоихъ ея отдѣловъ уже и теперь можетъ быть выдѣлена общая часть, если только къ этой части отнести не одни общія понятія уголовнаго процесса, но и общія основанія или начала, опредѣляющія типъ современнаго уголовнаго процесса и вмѣстѣ съ тѣмъ тенденціи его дальнѣйшаго развитія.

Общія понятія уголовнаго процесса еще не настолько кристаллизировались, чтобы они одни могли дать содержаніе общей части; ихъ дальнѣйшее выдѣленіе и научная обработка составятъ задачу будущаго развитія нашей науки.

Среди общихъ понятій уголовнаго процесса первое мѣсто должно принадлежать, конечно, понятію судебной, въ частности, уголовно-судебной власти и понятію уголовнаго иска, какъ двигателя уголовнаго процесса и того момента, который можно прослѣдить во всѣхъ основныхъ стадіяхъ процесса.

Что же касается «общихъ основаній», или основныхъ началъ уголовнаго процесса, то въ соотвѣтствіи съ призваніемъ современнаго суда и тенденціями развитія современнаго государства, посвященная имъ глава или, вѣрнѣе, главы, должны быть ничѣмъ инымъ, какъ ученіемъ о тѣхъ началахъ, которыя должны быть положены въ основаніе организаціи и дѣятельности суда въ правовомъ государствѣ. Если бы эти начала составляли лишь то, что называется «музыкой будущаго», то ихъ изложеніемъ было бы естественно завершать курсъ науки уголовнаго процесса, но такъ какъ въ большей или меньшей мѣрѣ со времени великой французской революціи они уже усвоены процессами всѣхъ культурныхъ государствъ, и такъ какъ они вовсе не чужды и нашимъ Судебнымъ Уставамъ, и лишь нуждаются въ дальнѣйшемъ послѣдовательномъ развитіи и примѣненіи, то понятно, что ихъ изложеніе должно предварять детальное изученіе дѣйствующаго законодательства объ устройствѣ и дѣятельности судебныхъ учрежденій: очеркъ основныхъ требованій, которымъ долженъ отвѣчать судъ въ правовомъ государствѣ, поможетъ и изученію, и практической оцѣнкѣ дѣйствующихъ судоустройства и судопроизводства.

Говорить о судѣ въ правовомъ государствѣ нельзя, не говоря о самомъ правовомъ государствѣ. Фундаментъ правового государства—его судъ—долженъ гармонировать со строемъ и духомъ самого государства, и, слѣдовательно, черты послѣдняго должны опредѣлять организацію и дѣятельность перваго. Такъ, изъ начала, условно называемаго началомъ раздѣленія властей, которое опредѣляетъ юридическую природу правового государства, вытекаетъ

Digitized by Google

требованіе возможно большей независимости судебной власти; изъ начала общественной самодѣятельности, которое обусловливаетъ собою другой существенный признакъ правового государства—народное представительство,—вытекаетъ для суда принципъ участія общественныхъ элементовъ въ отправленіи правосудія; начало личной самодѣятельности, развитіе котораго знаменуетъ собою переходъ отъ государства полицейскаго къ государству правовому, освобождающему личную инициативу отъ полицейской опеки,—это начало преобразуетъ самый типъ современнаго процесса: процессъ изъ розыскного, въ которомъ обвиняемый былъ лишь безправнымъ предметомъ преслѣдованія, а судья былъ въ то же время и обвинителемъ, превращается въ состязательный, построенный на самодѣятельности равноправныхъ сторонъ и оставляющій судьѣ преимущественно функцію закрѣпленія, разсмотрѣнія и оцѣнки представленныхъ сторонами доказательствъ.

Какъ уже сказано, начала, на которыхъ должно быть построено правосудіе въ правовомъ государствѣ, уже заложены въ нашемъ судебномъ законодательствѣ, но были впервые провозглашены эти начала, а многія получили большее развитіе на Западѣ. Поэтому, на Западѣ намъ часто придется искать иллюстрацій для характеристики суда въ правовомъ государствѣ; всего же чаще намъ придется обращаться къ странѣ настоящего «судебнаго имперіализма», господства судьи,—къ нашей славной союзницѣ, Англіи [1]). Именно въ Англіи тѣ начала, изъ которыхъ слагается типъ суда въ правовомъ государствѣ, были провозглашены ранѣе, чѣмъ на континентѣ Европы; въ Англіи верховенство права черезъ посредство суда достигло наивысшаго развитія; въ Англіи судъ сумѣлъ внушить населенію величайшее уваженіе къ себѣ и къ закону [2]); въ Англіи всѣ равны передъ судомъ, не исключая и должностныхъ лицъ, которыя несутъ отвѣтственность на общемъ основаніи; въ Англіи независимость суда ставится такъ высоко, что, по словамъ Юма, «вся политическая система и каждый изъ ея органовъ—армія, флотъ, обѣ палаты,—все это только средства къ достиженію одной единственной цѣли—охраненію свободы двѣнадцати верховныхъ судей Англіи»; въ Англіи обществу предоставляется такое участіе въ

---

[1]) См. A. Mendelssohn-Bartholdy, Das Imperium des Richters. Strassb., 1908.

[2]) Когда англичане говорятъ «we are a law abiding poeple»—«мы законопослушный народъ», то, по словамъ Мендельсона-Бартольди, при этомъ разумѣется не столько готовность повиноваться закону, какъ таковому, сколько закону въ судебномъ толкованіи и примѣненіи, не столько уваженіе къ буквѣ закона, сколько уваженіе къ проводнику закона въ жизнь, и прежде всего—къ суду. Mendelssohn-Bartholdy. Das Imperium des Richters. 1908. SS. 38—41.

Digitized by Google

отправленіи правосудія, какимъ оно не пользуется ни въ одной другой странѣ Европы, такъ какъ, во-первыхъ, участіе общества распространяется не только на разсмотрѣніе и рѣшеніе дѣлъ, но и на функцію уголовнаго обвиненія, которое считается общегражданскимъ дѣломъ, каждому доступнымъ, и, во-вторыхъ, присяжные засѣдатели привлекаются къ разсмотрѣнію дѣлъ не только о важнѣйшихъ преступленіяхъ, но и объ относительно маловажныхъ; въ Англіи судъ присяжныхъ пользуется такимъ авторитетомъ и значеніемъ, что, по словамъ французскаго криминалиста Росси, «судъ присяжныхъ и англійскій парламентъ, это—колонны одного и того же зданія» [1]); въ Англіи уголовный процессъ не только въ стадіи производства въ судѣ, постановляющемъ приговоръ, но и въ стадіи предварительнаго изслѣдованія, построенъ на началѣ самодѣятельности сторонъ; наконецъ, Англія, какъ уже было упомянуто,—классическая страна судебной защиты личной свободы.

За общей частью уголовнаго процесса—за изложеніемъ его основныхъ понятій и основныхъ началъ—должна слѣдовать особенная часть. Если въ первой части выясняется понятіе суда вообще, то въ особенной части рѣчь должна идти объ отдѣльныхъ судебныхъ учрежденіяхъ; если въ общей части опредѣляется понятіе уголовнаго иска, какъ такого процессуальнаго элемента, который можно прослѣдить во всѣхъ основныхъ стадіяхъ уголовнаго процесса, то въ особенной части изучаются именно отдѣльныя стадіи уголовнаго процесса, его движеніе. Но такъ какъ нельзя изучать в о о б щ е отдѣльныя судебныя учрежденія—ихъ систему и ихъ организацію,—и в о о б щ е движеніе процесса, а можно изучать лишь судебныя учрежденія данной страны и движеніе процесса по данному праву, то естественно, что предметъ особенной части уголовнаго процесса для русскаго процессуалиста составляетъ русское судоустройство и русское судопроизводство.

Идея суда въ правовомъ государствѣ не должна покидать насъ и въ этой части; она поможетъ намъ оцѣнить положительныя и отмѣтить отрицательныя стороны нашихъ судебныхъ учрежденій, и она же, при изученіи судопроизводства, должна одухотворить тѣ формы, въ которыхъ протекаетъ судебная дѣятельность. Послѣднее утвержденіе требуетъ поясненія. Мы видѣли выше, что уголовный процессъ противополагается уголовному праву въ узкомъ смыслѣ, какъ право формальное праву матеріальному. Строго говоря, наименованіе формальнаго уголовнаго права соотвѣтствуетъ

[1]) Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France, Paris, 1882, p. 362.

Digitized by Google

только уголовному судопроизводству, такъ какъ именно въ этой части уголовнаго процесса опредѣляются тѣ формы, въ которыя выливается дѣятельность учрежденій, разслѣдующихъ преступленія и назначающихъ за нихъ наказанія. Если право вообще придаетъ большое значеніе формамъ юридическихъ дѣйствій, то все же нигдѣ формализмъ не получаетъ столь высокой оцѣнки, какъ въ судопроизводствѣ уголовномъ и гражданскомъ. Поэтому, приступая къ изученію уголовнаго судопроизводства, нужно прежде всего преодолѣть столь широко распространенное у насъ предубѣжденіе противъ формализма. Конечно, это предубѣжденіе имѣетъ свои историческія основанія, но крайности формализма, благодаря которымъ онъ такъ часто и такъ заслуженно назывался бездушнымъ и мертвящимъ, не должны скрывать положительнаго и животворящаго значенія формъ. Это значеніе двояко: во-первыхъ, поскольку онѣ организуютъ и упорядочиваютъ дѣятельность учрежденій и лицъ, онѣ упрощаютъ для нихъ осуществленіе поставленныхъ задачъ, экономизируютъ ихъ силы и энергію; во-вторыхъ, и это для насъ самое главное, форма является необходимою гарантіею законности, а слѣдовательно, и тѣхъ правъ, которыми законъ надѣляетъ гражданъ; стѣсняя гражданъ, формы зато стѣсняютъ и власть, мѣшая ей быть произвольной, такъ направляя ея дѣятельность, что она оказывается вынужденной считаться съ требованіями закона тогда, когда она этого не хотѣла бы. Извѣстный германскій юристъ Іерингъ называлъ формы «злѣйшими врагами произвола и вѣрнѣйшими союзниками свободы». Чтобы подтвердить справедливость этой мысли въ примѣненіи къ судебному процесу, достаточно пояснить ее однимъ примѣромъ: законъ, по общему правилу, требуетъ, чтобы слушаніе дѣла въ судебномъ засѣданіи происходило въ формѣ устнаго и гласнаго разбирательства его; легко себѣ представить, какая волокита и сколько злоупотребленій предупреждается соблюденіемъ этого требованія. Есть множество другихъ процессуальныхъ формъ, положительное значеніе которыхъ не такъ наглядно, но такъ же несомнѣнно. Строго упорядоченное, т. е. протекающее въ установленныхъ закономъ формахъ, производство, составляющее основной признакъ судебной функціи, обусловливаетъ, если не исключительно, то въ очень значительной мѣрѣ ту связанность государственной власти правомъ, которая такъ существенна для правового государства, и которая въ области правосудія проявляется больше, чѣмъ въ какой-либо другой области.

Въ столь высокой оцѣнкѣ значенія процессуальныхъ формъ не слѣдуетъ видѣть ихъ идеализаціи. Само собою разумѣется,

Digitized by Google

что подобно тому, какъ формы тѣла бываютъ красивыя и безобразныя, такъ и правовыя формы, въ частности, формы процессуальныя, бываютъ цѣлесообразныя и безполезныя; только первымъ принадлежитъ значеніе условія, нужнаго для того, чтобы судъ стоялъ въ уровень со своимъ высокимъ призваніемъ. Отсюда—опредѣленное требованіе, которому должно удовлетворять научное изложеніе судопроизводства: оно не должно ограничиваться описаніемъ процессуальныхъ формъ, оно должно раскрывать внутренній смыслъ и ту цѣль, для которой онѣ предназначены, и подвергать ихъ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія ихъ цѣлесообразности.

Разсмотрѣніе процессуальныхъ формъ съ точки зрѣнія ихъ назначенія одинаково обязательное условіе, какъ научнаго изложенія уголовнаго судопроизводства, такъ и осмысленнаго усвоенія его. Изученіе юристомъ судопроизводства имѣетъ извѣстную аналогію съ изученіемъ естественникомъ анатоміи: анатомія—мертвая наука для того, для кого она сводится къ запоминанію безчисленнаго множества латинскихъ названій всевозможныхъ бугорковъ, костей и косточекъ, но та же анатомія пріобрѣтаетъ живой интересъ, какъ только съ этими латинскими названіями соединяется наглядное представленіе о частяхъ человѣческаго организма, которыя ими обозначаются, объ ихъ соотношеніи и значеніи; точно такъ же и судопроизводство въ своей технической части можетъ показаться сухимъ предметомъ для того, кто ограничивается запоминаніемъ процессуальныхъ формъ, сроковъ, условій, соблюденіе которыхъ требуется для совершенія того или другого процессуальнаго дѣйствія, но то же усвоеніе техническихъ правилъ судопроизводства перестаетъ быть сухой и малоувлекательной работой, когда съ названіемъ или описаніемъ процессуальныхъ формъ соединяется представленіе о тѣхъ конкретныхъ интересахъ, которые при осуществленіи этихъ формъ преслѣдуются или ими гарантируются.

## IV.

Проникнутая идеей правового государства, наука уголовнаго процесса должна имѣть не только образовательное, но и **воспитательное** значеніе: она должна привить изучающему ее представленіе объ идеальномъ судьѣ, объ идеальномъ адвокатѣ,—словомъ, объ идеальномъ служителѣ правосудія; она должна научить его смотрѣть на практическую работу юриста въ качествѣ судьи, прокурора, адвоката, какъ на общественное служеніе, отъ котораго зависитъ авторитетъ права, его сила, т. е. нѣчто гораздо большее,

Digitized by Google

чѣмъ судьба отдѣльныхъ лицъ, ибо нѣтъ положенія болѣе безнадежнаго, чѣмъ положеніе страны, въ которой право не пользуется авторитетомъ: тамъ, гдѣ право безсильно, тамъ и законодательныя реформы не въ силахъ что-либо измѣнить.

У А. П. Чехова въ одномъ изъ его чудесныхъ писемъ есть слѣдующія горькія и жесткія слова о нашей интеллигенціи: «Пока это еще студенты и курсистки—это честный, хорошій народъ, это надежда наша, это будущее Россіи, но стоитъ только студентамъ и курсисткамъ выйти самостоятельно на дорогу, стать взрослыми, какъ надежда наша и будущее Россіи обращаются въ дымъ, и остаются на фильтрѣ одни доктора-дачевладѣльцы, несытые чиновники... Я не вѣрю въ нашу интеллигенцію... даже когда она страдаетъ и жалуется, ибо ея притѣснители выходятъ изъ ея же нѣдръ».

Если этотъ суровый приговоръ хоть отчасти справедливъ, то не падаетъ ли доля отвѣтственности и на нашу высшую школу, ибо безспорная обязанность ея—не только учить, но и воспитывать, не только давать знанія, но и прививать идеалы, не только развивать умъ, но и направлять волю къ честному и идейному служенію интересамъ родной страны, для котораго, въ частности, поприще юриста представляется широкой ареной. Будущая Россія, которая должна выйти обновленною изъ испытанія огнемъ и желѣзомъ войны, будетъ больше, чѣмъ когда-либо нуждаться въ честныхъ, убѣжденныхъ, стойкихъ и даже самоотверженныхъ работникахъ. Мнѣ хочется вѣрить, что такіе работники выйдутъ и изъ среды моихъ сегодняшнихъ слушателей.

*Н. Полянскій.*

---



Digitized by Google

# Военный судъ въ Англіи.

(Martial law).

## I.

Происходящая нынѣ война вызвала во всѣхъ воюющихъ странахъ серьезныя внутреннія измѣненія, опредѣляемыя необходимостью приспособленія внутренняго государственнаго строя къ потребностямъ военнаго времени. Необычайное напряженіе военной мощи стало основной задачей государственной власти, и для удовлетворенія ея пришлось пожертвовать многимъ изъ того, что раньше разсматривалось, какъ политическая гарантія противъ злоупотребленій административной власти. Въ странахъ, подобныхъ Германіи, десятилѣтіями воспитывавшихся на идеѣ милитаризма, эти измѣненія проявились лишь въ усиленіи и развитіи заложенныхъ уже ранѣе въ государственный строй началъ. Въ другихъ странахъ, какъ въ Англіи, они привели къ извѣстному внутреннему перевороту въ политическихъ понятіяхъ и учрежденіяхъ. Англіи пришлось разстаться съ традиціоннымъ взглядомъ на военную службу и ввести у себя обязательную воинскую повинность. Ей же пришлось узаконить строй,—допускающій военное положеніе и военную подсудность по преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ гражданами во время войны, заимствовавъ принципъ, признававшійся странами континента въ законахъ объ исключительныхъ положеніяхъ. Этотъ послѣдній шагъ представляется весьма интереснымъ съ точки зрѣнія исторіи конституціонныхъ началъ англійскаго права.

Въ самомъ началѣ войны, 1 августа 1914 г. королемъ была издана прокламація, объявлявшая преступными торговыя и иныя сношенія съ непріятельскими подданными и угрожавшая за нарушеніе этихъ правилъ преданіемъ военному суду. Въ соотвѣтствіи съ этой прокламаціей 4 августа въ Палаты былъ внесенъ билль о воспрещеніи торговыхъ сношеній съ непріятелемъ (Trading with

Digitized by Google

enemy bill), установившій уже за эти сношенія опредѣленныя наказанія [1]). Но наиболѣе широкимъ явилось полномочіе, предоставленное королю въ совѣтѣ актомъ парламента объ оборонѣ страны (Defence of Realm act, 1914), получившимъ санкцію короля 8 августа 1914 г. Съ того времени этотъ законъ неоднократно переиздавался и видоизмѣнялся, и въ настоящее время дѣйствуетъ въ редакціи Defence of Realm Consolidation act, 1914 г. [2]).

Ст. 1 этого закона гласитъ: «Его величеству предоставляется право издавать въ теченіе настоящей войны постановленія для обезпеченія общественной безопасности и для обороны страны. Они могутъ опредѣлять права и обязанности, относящіяся къ этимъ задачамъ, военнаго и адмиралтействъ-совѣтовъ, чиновъ королевскихъ арміи и флота, а также другихъ лицъ, дѣйствующихъ отъ имени его величества. Его величество можетъ посредствомъ такихъ постановленій предписывать производство военнаго суда (martial law) или, при учиненіи преступленій меньшей важности, судовъ суммарнаго производства и установливать наказанія для лицъ, учиняющихъ нарушенія этихъ предписаній, въ частности, нарушающихъ постановленія: а) о воспрещеніи сношеній съ непріятелемъ или о собираніи свѣдѣній, разсчитанныхъ на поставленіе въ опасность какихъ-либо военныхъ силъ Его Величества или его союзниковъ или на оказаніе помощи непріятелю; б) объ огражденіи безопасности военныхъ или морскихъ силъ его величества, безопасности сношеній, а также желѣзныхъ дорогъ, портовъ и гаваней; в) о распространеніи ложныхъ свѣдѣній или такихъ, которыя могутъ вызвать враждебность къ его величеству или помѣшать военнымъ или морскимъ силамъ его величества или причинить вредъ отношеніямъ его величества къ иностраннымъ державамъ; г) объ обезпеченіи плаванія судовъ въ соотвѣтствіи съ указаніями, данными имъ адмиралтействомъ; д) объ оказаніи инымъ образомъ помощи врагу или о поставленіи въ опасность какимъ-либо образомъ успѣшнаго веденія войны».

Не останавливаясь на вопросѣ о расширеніи указнаго права короля, о чемъ намъ пришлось говорить въ другомъ мѣстѣ [3]), отмѣтимъ лишь предоставленіе королю права предавать виновныхъ военному суду за нарушенія издаваемыхъ постановленій. Эти

---

[1]) Правительство, оправдывая примѣненіе этой мѣры посредствомъ прокламаціи, указывало, что въ ней шла рѣчь не объ установленіи новыхъ преступныхъ дѣяній, а о провозглашеніи того, что раньше установлено было commun law.

[2]) Таковы были редакціи 4 aud. 5 Geo 5. c. 29, и c. 63 и 5 Geo. 5 c. 8. 1914 г.

[3]) Законъ и чрезвычайный указъ въ военное время «Право» 1916 № 25—26.



Digitized by Google

постановленія охватываютъ далеко не одну дѣятельность шпіонства, противъ котораго въ военное время принимаются особо суровыя мѣры. Сюда относятся всякія нарушенія военныхъ постановленій, изданныхъ въ интересахъ арміи. Достаточно указать, что на основаніи этого закона выросла вся Англіи цѣлая система военной цензуры. Редакторы и издатели англійскихъ газетъ не связаны формальной необходимостью представлять предполагаемыя къ печати статьи въ цензуру, но такое поведеніе ихъ диктуется благоразуміемъ, ибо всегда окажется возможнымъ, что то или иное свѣдѣніе будетъ не соотвѣтствовать «успѣху военныхъ силъ» или окажется «ложнымъ» или «повредитъ отношеніямъ сего величества къ иностраннымъ державамъ». Позднѣе, министръ внутреннихъ дѣлъ Г. Самуэль издалъ распоряженіе, ограничивающее нѣсколько военную подсудность преступленій печати [1]).

Въ засѣданіи Палаты Лордовъ 4 февраля 1915 г. лордъ Пармуръ сообщилъ, что на основаніи акта объ оборонѣ страны издано уже 63 предписанія, многія изъ которыхъ вводятъ въ англійское право новыя преступныя дѣянія. Кромѣ того часто санкціей этихъ предписаній является смертная казнь.

Дѣйствіе военныхъ судовъ по акту объ оборонѣ страны распространяется не только на чиновъ арміи и флота, но и на всѣхъ британскихъ подданныхъ и иностранцевъ. Ст. 4 закона (въ редакціи 27 ноября 1914 г.) (Defence of Realm Consolidation act, 5 Ge. 5 c. 8) гласитъ: «Лицо, виновное въ нарушеніи указанныхъ постановленій, если оно предается военному суду и подвергается соотвѣтственному наказанію, признается какъ бы лицомъ, подчиненнымъ дѣйствію военнаго права и совершившимъ преступленіе во время состоянія на дѣйствительной службѣ, въ нарушеніе отдѣла пятаго акта объ арміи». Другими словами, здѣсь вводится фикція того, что каждый гражданинъ (будь то мужчина или женщина) является какъ бы лицомъ военнаго званія, и потому подлежащимъ военному суду.

Узаконеніе военнаго суда для гражданъ, и при томъ въ столь широкой степени, вызванное состояніемъ растерянности въ первое время послѣ объявленія войны, не могло не вызвать серьезныхъ протестовъ и въ печати, и въ Парламентѣ, когда паника перваго времени прошла. Наиболѣе интересными были возраженія, раздавшіяся въ стѣнахъ Палаты Лордовъ въ засѣданіи 4 февраля 1915 г.

---

[1]) Декларація отъ 4 іюня 1915 г. Здѣсь директору публичныхъ изслѣдованій предоставлено право рѣшать, слѣдуетъ ли возбудить обвиненіе противъ органа печати въ военномъ или въ гражданскомъ судѣ.

Digitized by Google

Любопытно, что именно Палата Лордовъ, а не Общины выступили на защиту старинныхъ англійскихъ вольностей противъ увлеченія требованіями момента. Палата Лордовъ—блюстительница англійскихъ традицій, и она ихъ нашла въ данномъ случаѣ нарушенными. Главнымъ ораторомъ выступилъ лордъ Пармуръ, который мотивировалъ необходимость принятія предложеннаго имъ билля о возстановленіи права частныхъ лицъ быть судимыми обычными англійскими уголовными судами. По словамъ оратора, этотъ принципъ, провозглашенный 700 лѣтъ тому назадъ Великой Хартіей, нашелъ затѣмъ подтвержденіе въ Петиціи о правахъ и нѣсколько позже въ Декларации правъ. Въ законѣ 1914 г. объ оборонѣ страны Парламентъ впервые въ англійской исторіи утверждаетъ противоположный принципъ: онъ распространяетъ на гражданъ нѣкоторыя постановленія, которыя, согласно закону объ арміи, имѣли лишь примѣненіе исключительно лишь къ воинскимъ чинамъ. Заявленіе лорда Пармура было поддержано лордомъ Лорбэрномъ, бывшимъ лордомъ-канцлеромъ, который указалъ, что законъ 1914 г. устанавливаетъ нѣкоторыя новыя преступленія, неизвѣстныя общему праву. Гражданскія лица, состоящія британскими подданными, должны имѣть право быть судимыми въ обычныхъ судахъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда разсмотрѣніе ихъ дѣлъ не связано съ какимъ-либо ущербомъ для солдатъ или моряковъ. Правда, раздавались и голоса въ пользу этихъ исключительныхъ полномочій. Такъ, маркизъ Лэндсдаунъ указывалъ, что изданное въ военное время законодательство неизбѣжно должно затрогивать права и свободу отдѣльнаго лица, графъ Крауфордъ отмѣчалъ, что интересы отдѣльныхъ лицъ должны подчиняться интересамъ всей націи. Однако, правительство въ лицѣ министра Гольдэна признало, что законъ объ оборонѣ страны, предоставляющій право назначать смертную казнь за нарушеніе административныхъ распоряженій и допускающій преданіе гражданъ военному суду, былъ изданъ въ моментъ непосредственно грозившей государству опасности и имѣлъ главнымъ образомъ въ виду оказать устрашающее вліяніе на подданныхъ непріятельскихъ государствъ. Въ настоящее же время имѣется возможность нѣсколько смягчить его постановленія. Дѣйствительно, нѣсколько времени спустя правительствомъ былъ внесенъ биль объ исправленіи (Defence of Realm Amendement bill 1915). 24 февраля, при второмъ чтеніи этого билля въ Палатѣ Лордовъ, генеральный атторней Джонъ Саймонъ объяснилъ, что хотя билль и вноситъ нѣкоторыя ограниченія въ прежнее законодательство, однако, все же оказалось необходимымъ сохранить широкую компетенцію военныхъ судовъ на случай непріятельскаго нашествія

Digitized by Google

или какого-либо иного рода крайней необходимости. Новый билль постановляетъ, что, помимо случаевъ крайней необходимости, незначительныя дѣла будутъ разсматриваться въ суммарномъ порядкѣ мировыми судьями, а въ дѣлахъ болѣе важныхъ подсудимому будетъ предоставляться право выбора между судомъ военнымъ и судомъ присяжныхъ. Такой выборъ долженъ быть сдѣланъ подсудимымъ въ теченіе четырехъ дней послѣ того, какъ ему впервые было сообщено въ главныхъ чертахъ содержаніе обвиненія. Подсудность можетъ быть опредѣлена либо по мѣсту совершенія преступленія, либо по мѣсту задержанія обвиняемаго, либо, наконецъ, по мѣсту представленія его въ судъ. Такая параллельная подсудность создается, чтобы устранить проволочки въ направленіи дѣла. Эти правила, однако, примѣняются только къ британскимъ подданнымъ. Въ Палатѣ Общинъ, въ засѣданіи 2 марта 1915 г., устраненіе иностранцевъ отъ права быть судимыми общими судами вызвало возраженія. Членъ Палаты Тревеліанъ полагалъ, что такое же право должно быть предоставлено и иностранцамъ, если только они не принадлежатъ къ числу подданныхъ воюющихъ съ Англіей державъ. Но генеральный атторней, выразивъ сочувствіе этому предложенію, замѣтилъ, что намѣчаемый порядокъ внесетъ медленность въ отправленіе правосудія. Если кто-либо утверждаетъ, что онъ британскій подданный по рожденію или по натурализаціи, то провѣрить его утвержденіе не представляется затруднительнымъ, но въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ заявитъ, что онъ не германскій подданный, а гражданинъ Сѣвера. Американск. Штатовъ или Швейцаріи, то выясненіе истинности его заявленія вызоветъ значительныя затрудненія. Поэтому онъ считалъ возможнымъ поддержать исключеніе иностранцевъ. При окончательномъ обсужденіи билля принятъ тотъ порядокъ, что, въ случаѣ заявленія иностранца, обвиняемаго въ нарушеніи какой-либо изъ статей закона объ оборонѣ, о желаніи его судиться не въ военномъ судѣ, а въ судѣ присяжныхъ, передача его дѣла въ этотъ послѣдній не является обязательной, а зависитъ отъ усмотрѣнія правительства. Вмѣстѣ съ тѣмъ, по предложенію Т. Вильсона, былъ повышенъ срокъ, въ теченіе котораго предоставляется право выбора суда, съ 4 дней до 6-ти. М-ръ Эллисъ Дэвисъ предлагалъ ввести въ производство дѣлъ, могущихъ быть переданными въ военные суды, правило о томъ, чтобы обвиняемому въ теченіе 48 часовъ предъявлялось въ письменномъ видѣ существо возводимаго противъ него обвиненія. Но Палата, по предложенію генеральнаго атторнея, отвергла установленіе срока, выразивъ лишь пожеланіе, чтобы послѣ задержанія обвиняемому въ возможно скорѣйшемъ времени

Digitized by Google

сообщались сущность обвиненія и принадлежащія въ силу настоящаго закона права.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что англійскій парламентъ, хотя и съ нѣкоторыми ограниченіями, особенно для британскихъ подданныхъ, узаконилъ примѣненіе военныхъ судовъ по цѣлому ряду преступленій. Практика показываетъ, что цѣлый рядъ дѣлъ слушался въ этомъ порядкѣ.

Употребляя терминъ martial law, законодательство въ настоящее время имѣетъ въ виду опредѣленный институтъ, а именно военные суды для арміи, составляемые изъ офицеровъ въ числѣ отъ 7 до 11 и руководящіеся въ своей дѣятельности опредѣленными правилами процесса. Такое значеніе, однако, только плодъ недавней эволюціи. Самая же исторія понятія martial law и практики его представляетъ весьма любопытную страницу англійской конституціонной исторіи. Знакомство съ ней, думается намъ, не будетъ лишено интереса для русскихъ читателей.

Терминъ martial law, переводимый нынѣ словами «военный судъ», въ существѣ своемъ имѣетъ нѣсколько иное значеніе. Буквальнымъ его значеніемъ будетъ «право войны», и подъ нимъ ранѣе именно и разумѣли всякаго рода расправы съ побѣжденными согласно принятымъ на войнѣ обычаямъ или «Kriegsgebrauch», по германской юридической терминологіи. Отношенія войны въ прежнее время часто переносились въ область внутригосударственной борьбы, и къ этой послѣдней примѣнялись тѣ же законы, какіе установились для борьбы со внѣшнимъ врагомъ. Это основное и первоначальное значеніе термина позднѣе, приблизительно съ XVII вѣка смѣшалось съ инымъ. Въ Англіи съ XVI вѣка существовалъ особый судъ маршала, вѣдавшій нѣкоторыя гражданскія и тягчайшія уголовныя дѣла, касавшіяся военныхъ. Уголовная его юрисдикція распространялась на убійства и другія тяжкія преступленія, учиненныя англичанами заграницей, а во время войны она значительно расширялась, и судъ маршала, слѣдуя за арміей, становился постояннымъ военнымъ судомъ. Этотъ судъ маршала (marshal's court) легко было смѣшать съ старымъ понятіемъ—martial law, такъ какъ слова marshal и martial произносятся одинаково, а слово law означаетъ не только законъ, но судебное рѣшеніе, а порою и судъ, который является его провозгласителемъ. (Ср. напр. Lynch law —судъ Линча). Смѣшенію способствовало и то, что оба института представляли собою форму чрезвычайной юстиціи, въ тонкихъ различіяхъ которой большинство англичанъ могло и не разбираться [1]).

[1]) Stephen. (History of criminal Law, I p. 207) насчитываетъ 4 различ-

Digitized by Google

Для ясности необходимо расчленить оба института и разсмотрѣть каждый изъ нихъ въ отдѣльности. Къ сожалѣнію, большинство изслѣдователей martial law не слѣдуетъ этому пути, и потому все построеніе ихъ является крайне запутаннымъ, а выводы—неяснымн.

## II.

Указанія на примѣненіе чрезвычайныхъ порядковъ расправы съ мятежниками въ періодъ внутреннихъ смутъ встрѣчаются въ англійской исторіи, начиная съ XIV вѣка. Первоначально едва ли представляется возможность видѣть здѣсь какой-либо опредѣленный правовой институтъ. Рѣчь идетъ скорѣе о правѣ власти прибѣгать къ силѣ для защиты внутренняго порядка въ томъ случаѣ, когда обыкновенныя законныя средства оказываются недостаточными. Это право, нигдѣ не вписанное, выводится изъ естественнаго закона войны, подобно тому, какъ то часто и теперь дѣлается съ правомъ необходимой обороны. Идея войны между властью (въ частности королемъ) и гражданами была знакома англійскому праву: феодализмъ постоянно порождалъ войны между королемъ и его феодалами или между отдѣльными классами населенія. До сихъ поръ въ числѣ случаевъ измѣны имѣется особое указаніе на «возбужденіе войны противъ короля» (to levy the war against the King). Вполнѣ понятно, что необходимость признанія за короной права на чрезвычайныя полномочія во время такой войны не могла быть оспариваема. Когда идея прочности гражданскихъ правъ и, въ частности, суда присяжныхъ стала находить признаніе, стѣсненіе этихъ полномочій выразилось лишь въ томъ, что населеніе и Пар-

---

ныхъ значенія термина martial law: 1) m. l. въ смыслѣ суда маршала и констебля, какъ спеціальной судъ въ средніе вѣка, 2) m. l, какъ попытка примѣнить, въ эпоху тюдоровъ и стюартовъ, военныя расправы въ мирное время для покаранія нарушителей мира 3) m. l. какъ организація военныхъ судовъ для чиновъ арміи и флота, 4) m. l. какъ прерогатива короны отражать силой силу въ случаѣ нашествія или возстанія и расправляться съ возставшими, какъ съ непріятелемъ.

Holthworth, устанавливая также многочисленность значеній термина m. l., (Law Quart. Rev. 18. p. 132) говоритъ: «Единственнымъ основаніемъ, почему столь различныя полномочія назывались однимъ и тѣмъ же именемъ m. l. является историческій фактъ, что всѣ они составляли отрасли юрисдикціи суда констебля и маршала». Съ этимъ послѣднимъ мнѣніемъ трудно согласиться. Мы лично думаемъ, что причиной смѣшенія является неопредѣленность самого термина, выработавшагося скорѣе въ общенародномъ, а не въ юридическомъ языкѣ, а затѣмъ созвучіе «martial law» и «marshal's law,» представлявшихся раньше несомнѣнно обособленными юридическими явленіями.

Digitized by Google

ламентъ ревностно наблюдали за тѣмъ, чтобы чрезвычайныя мѣры примѣнялись лишь при наличности дѣйствительной войны, а не подъ предлогомъ ея.

Изслѣдованіе нѣсколькихъ историческихъ примѣровъ ранняго осуществленія этого права лучше всего можетъ иллюстрировать примѣненіе этихъ полномочій.

Въ качествѣ наиболѣе ранняго примѣра изслѣдователями приводится дѣло графа Ланкастерскаго, относящееся къ эпохѣ Эдуарда II [1]). Графъ Ланкастеръ, подозрѣвавшійся въ измѣнѣ, приказомъ короля былъ арестованъ и приведенъ къ королю, который съ нѣкоторымъ числомъ пэровъ судилъ его и приговорилъ къ казни въ 1321 г. (14 Edw. II). Впослѣдствіи этотъ приговоръ былъ кассированъ парламентомъ, по ходатайству брата и наслѣдника графа, и графъ Ланкастеръ былъ возстановленъ въ своихъ правахъ. Основаніемъ кассаціи было то, что пэры засѣдали не въ парламентѣ (were not in parliament), какъ то требуется при судѣ равныхъ, а частнымъ образомъ, а также, что эта расправа была учинена не во время войны. Судья лордъ Кокъ, излагая это дѣло, видитъ въ немъ первое провозглашеніе начала, что чрезвычайныя расправы недопустимы въ мирное время, когда суды королевства являются открытыми[2]). Это мнѣніе Кока, несомнѣнно, оказало значительное вліяніе на позднѣйшее толкованіе martial law.

Съ болѣе широкимъ примѣненіемъ внѣсудебной расправы мы встрѣчаемся при подавленіи крестьянскаго возстанія подъ руководствомъ Уота Тайлера въ 1381 г. въ царствованіе Ричарда II. Когда Тайлеръ былъ убитъ, а его послѣдователи разсѣяны, королевскіе коммиссары произвели массу казней участниковъ возстанія безъ законнаго суда, т. е. безъ участія присяжныхъ, такъ какъ присяжные уклонялись, а порою прямо отказывались предавать ихъ суду. Но такъ какъ постановленія Великой Хартіи еще недавно были торжественно подтверждены и внѣсудебныя расправы объявлены незаконными (25 Edw. III, 1352), то пришлось прибѣгнуть къ амнистіи, на которую охотно пошелъ Парламентъ, состоявшій по преимуществу изъ землевладѣльцевъ. Законъ 5 Rich. II c. 6 «о королевскомъ прощеніи тѣмъ, кто подавлялъ мятежъ и мстилъ мятежникамъ», указываетъ, что «лорды, джентри королевства и

---

[1]) Cockburn. Charge to grand jury 1867 p. 21. Finlason. Commentaries in martial law. p. 75.

[2]) Coke, Institutes. II, 49. «Quod non fuit arraniatus et ad responsionem positus tempore pacis, eo quod curiae regis fuerunt apertae, in quibus lex ficbat unicunque prout fieri consuevit et quod contra cartam de libertatibus, tempore pacis, absque arraniamento seu responsione seu legali judicio interfectus.»

Digitized by Google

другія лица, при возстаніи поселянъ и злоумышленниковъ наказывали этихъ крестьянъ и измѣнниковъ безъ надлежащаго суда и несогласно съ законами и обычаями страны», и потому король считаетъ необходимымъ даровать имъ прощеніе. Изданіе act of indemnity послѣ примѣненія martial law послужило для нѣкоторыхъ историковъ права основаніемъ къ утвержденію, что и martial law (подобно пріостановкѣ Habeas Corpus act'a въ позднѣйшее время) въ существѣ своемъ является актомъ незаконнымъ, разсчитаннымъ лишь на позднѣйшее оправданіе предпринимаемыхъ дѣйствій Парламентомъ [1]).

Во время борьбы между династіями Іорка и Ланкастера мы часто встрѣчаемъ практику незаконныхъ расправъ. Каждая изъ побѣдившихъ сторонъ избивала и казнила своихъ противниковъ. Но здѣсь приходится говорить скорѣе о власти меча, чѣмъ о власти права.

Первая оффиціальная ссылка на martial law встрѣчается въ царствованіе Генриха VII [2]). Противъ короля возсталъ Симнель, который собралъ войска въ Ирландіи и произвелъ возмущеніе въ Іоркширѣ. Генрихъ разбилъ мятежниковъ у Строка и главарей возстанія повѣсилъ немедленно. Чрезъ нѣсколько дней, когда наступило спокойствіе и слѣды безпорядка изчезли, король рѣшилъ поохотиться и за тѣми, кто не выступалъ открыто въ битвѣ, но принималъ косвенное участіе въ безпорядкахъ. Сдѣлалъ онъ это не столько изъ мести, сколько изъ корысти, чтобы поживиться ихъ конфискованными имуществами. «Король—говоритъ историкъ Генриха VII, лордъ Бэконъ [3])—отправился на сѣверъ, но это былъ скорѣе судебный объѣздъ (itinerary circuit of justice), чѣмъ военный походъ, ибо по всему пути, съ большой жестокостью и пристрастьемъ, частью посредствомъ военныхъ расправъ (martial law), частью черезъ судей онъ покаралъ сторонниковъ недавнихъ повстанцевъ. Не всѣ были караемы смертью, такъ какъ поля и безъ того были напоены кровью, но часто назначались штрафы и выкупы, которые сохраняли жизнь виновнымъ и увеличивали сокровища короля». Интересно, что характеризуя расправы короля, какъ martial law, Бэконъ отмѣчаетъ, въ качествѣ признака незаконномѣрности ихъ то, что они примѣнялись послѣ того, какъ возстаніе было подавлено, тѣмъ самымъ какъ бы подчеркивая возможность примѣненія его лишь flagrante rebellione.

Многочисленныя возстанія происходили и въ царствованіе

---

[1]) Finlason. Commentaries upon martial law. p. 1.

[2]) Cockburn. Charge. p. 25.

[3]) Bacon. Works. vol. V p. 36.

Digitized by Google

Эдуарда VI, вслѣдствіе повсемѣстной безработицы и голода. Благодаря имъ Лондонъ неоднократно подвергался опасности. Во время возстанія 1548 г. отъ имени короля была издана прокламація, въ которой подъ угрозой казни по martial law запрещались погромы имѣній и агитація среди сельскаго населенія. Парламентъ, состоявшій преимущественно изъ джентри, вполнѣ одобрилъ эту мѣру. Былъ назначенъ лордъ-лейтенантъ, которому предоставлены были полномочія, соотвѣтствующія функціи большого жюри «разыскивать о всѣхъ измѣнахъ, возстаніяхъ, мятежахъ, незаконныхъ сборищахъ, заговорахъ, мятежныхъ рѣчахъ, ложныхъ слухахъ, упущеніяхъ, укрывательствахъ, притѣсненіяхъ, опасныхъ обществахъ, убійствахъ, тяжкихъ преступленіяхъ и иныхъ злодѣйствахъ и о пособникахъ при этихъ преступленіяхъ; назначать время и мѣсто для такихъ слѣдствій; въ качествѣ намѣстника короля созывать въ графствахъ людей для борьбы противъ мятежниковъ и враговъ короля и казнить этихъ послѣднихъ посредствомъ военной расправы, подавляя мятежи и возстанія». Эти полномочія возобновлялись въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ. На основаніи ихъ было повѣшено въ 1549 г. въ Табурнѣ 3 и въ Норфолькѣ—2. Въ 1552 г., въ виду продолженія мятежей, была издана новая прокламація, къ которой приложена подробная инструкція объ осуществленіи martial law. Въ этомъ законодательствѣ мы видимъ, что martial law превращается уже въ болѣе или менѣе постоянныя полномочія, которыми надѣляются спеціальные органы.

Въ послѣдующія царствованія Маріи и Елизаветы право военной расправы стало средствомъ борьбы съ религіозными противниками. Марія издала прокламацію, въ которой заявлялось, что ввозъ въ страну еретическихъ и мятежныхъ сочиненій будетъ преслѣдоваться по martial law и что всякое лицо, у котораго такія сочиненія будутъ найдены, будетъ признано мятежникомъ и казнено. Въ 1554 г. Марія подвергаетъ казни въ порядкѣ несудебной расправы нѣкоторыхъ изъ участниковъ возстанія, вызваннаго слухами о выходѣ ея замужъ за испанскаго короля Филиппа, хотя руководитель возстанія сэръ Thomas Wyatt былъ казненъ по вердикту присяжныхъ [1]).

При Елизаветѣ мы нѣсколько разъ встрѣчаемъ прокламаціи о martial law. Такъ, въ 1569 г. графы Нортумберлэндъ и Вестморелэндъ возстали и захватили Барнардскій замокъ, а затѣмъ учинили рядъ измѣнническихъ дѣйствій. Чрезъ нѣсколько мѣсяцевъ это возстаніе было подавлено. Королева издала на имя графа Эссек-

[1]) Hallam. Constitutional History. I p. 240—41.

Digitized by Google

са грамоту о примѣненіи martiae law къ мятежникамъ. Эссексъ, вмѣстѣ съ George Bowes, совершилъ карательный объѣздъ по Дургэму и Іоркширу, гдѣ между 2 и 20 января 1569 г. казнилъ въ разныхъ мѣстахъ до 600 человѣкъ [1]).

Въ 1588 г. Елизавета, подражая своей сестрѣ и предшественницѣ Маріи, издаетъ прокламацію, въ которой грозитъ казнью по martial law за провозъ папскихъ буллъ и измѣнническихъ книгъ изъ-за границы. Изданіе этой прокламаціи было вызвано крайностью, такъ какъ Елизавета дважды была отлучена папою отъ церкви и ея подданные папскими буллами были освобождены отъ вѣрноподданнической присяги и призывались свергнуть ее съ престола, какъ еретичку. Прокламація была издана въ тотъ моментъ, когда испанскія войска могли каждый день высадиться въ Англіи. О неконституціонности этой прокламаціи нѣтъ двухъ мнѣній [2]). Cockburn указываетъ, что эта прокламація была издана in terrorem populi и никогда не примѣнялась [3]). Но тѣмъ не менѣе она оказала свое дѣйствіе. Современникъ Елизаветы Ричардъ Кромптонъ приводитъ Текстъ этой прокламаціи и замѣчаетъ, что послѣ изданія ея Martin Marprelate и его товарищи перестали разсылать свои возмутительныя книги по Англіи и замѣнили это молитвенными собраніями, что вызвало статутъ 35 Elis. c. 1. o form of Submission, гдѣ назначалась высылка изъ страны за отказъ подчиниться извѣстнымъ церковнымъ обрядамъ [4]).

Въ 13 годъ царствованія Елизаветы была сдѣлана другая попытка воспользоваться martial law. Королева хотѣла казнить безъ законнаго суда нѣкоего Peter Burchel, фанатика-пуританина, ранившаго знаменитаго моряка Hawkins, принявъ его за Christophore Hatton, котораго онъ признавалъ врагомъ истинной религіи. Но тайный совѣтъ и судьи рѣшительно воспротивились такому незаконному намѣренію королевы [5]), ссылаясь на то, что преступленіе учинено во время мира [6]).

Въ 1595 г. Елизавета издаетъ новую прокламацію о martial law, которая, по словамъ Hallam, «не можетъ сравниться ни съ одной изъ другихъ мѣръ царствованія Елизаветы въ отношеніи

---

[1]) Stephen. History of criminal law. v. I p. 210.

[2]) Hallam. Constit. History. v. I p. 241.

[3]) Cockburn. Charge. p. 35.

[4]) Rich. Crompton. The Mansion of Magnanimitie. 1599. p. 1.

[5]) Holthworth. History of Englisch law. v. I p. 338.

[6] См. брошюру Behcadej Dr. John Hawyt. Ghostcrying for exemplar justice agaiust the arbitrary, anexenefled injustice of his justices and executioners in the New High Commission. London 1660 p. 3.

Digitized by Google

насилія и незаконом'ърности». По всей Англіи начались тогда «breadriots»—хлѣбные безпорядки, угрожавшіе самому трону. Власти Сити и ремесленники обращались къ королевѣ съ просьбой принять мѣры репрессіи. Королева издала грамоту на имя Thomas Wilford, въ которой говорится слѣдующее: «Въ виду значительныхъ незаконныхъ сборищъ мятежной черни, происходившихъ въ Лондонѣ и пригородахъ, признается необходимымъ для подавленія ихъ, немедленно казнить нѣсколько зачинщиковъ изъ ихъ среды согласно правосудію по martial law, такъ какъ дерзость многихъ отчаянныхъ преступниковъ такова, что они не обращаютъ вниманія на обычное наказаніе тюрьмою». Грамота уполномочиваетъ намѣстника «починить всѣ дороги около Сити, разрушенныя бродягами, и съ помощью мировыхъ судей и констеблей ловить такихъ бродягъ, представлять къ означеннымъ судьямъ для допроса о причинахъ скитанія ихъ и, по признаніи ихъ виновными въ незаконномъ образѣ жизни и неисправимыми, по удостовѣренію означенныхъ судей, подвергать казни на висѣлицахъ тѣхъ изъ нихъ, которые будутъ признаны наиболѣе важными и неисправимыми преступниками, а также тѣхъ, которые приняли участіе въ безпорядкахъ послѣ того какъ они были осуждены и приговорены къ казни за прежнія преступленія и помилованы королевой». Эта грозная прокламація, однако, также осталась прокламаціей in terrorem. Вильфордъ, дѣйствительно, арестовалъ нѣсколько мятежниковъ, но мудрость въ немъ взяла перевѣсъ, и онъ передалъ ихъ присяжнымъ, которые наказали ихъ въ зависимости отъ характера ихъ преступленій [1]).

Извѣстный судья царствованія Елизаветы лордъ Эдуардъ Кокъ признавалъ допустимость изданія актовъ in terrorem populi. Позднѣе не менѣе извѣстный лордъ, главный судья половины XVII вѣка, Hale, замѣчалъ по этому поводу: «Суверены издавали порою прокламаціи in terrorem populi, чтобы воздѣйствовать на общество; но исполненіе этихъ прокламацій было внѣ власти короны, и онѣ никогда не выполнялись, такъ какъ наказанія по нимъ не могли быть наложены». [2]) Съ помощью такого толкованія этихъ случаевъ, они не стали прецедентами въ англійской конституціонной исторіи, и провозглашеніе расправъ по martial law за тѣ или иныя преступленія было признано недопустимымъ.

Отъ эпохи первыхъ Стюартовъ до насъ дошли три грамоты, въ которыхъ упоминается о примѣненіи martial law и которыя, вѣроятно, послужили для Долгаго Парламента основаніемъ къ

[1]) Brodie. Constitutional history, vol. I p. 165.

[2]) M. Hale Considerations touching the emendement or alterations of law, p. 94.

Digitized by Google

рѣшительному протесту противъ предоставленія этихъ чрезвычайныхъ полномочій. [1]) Первая изъ нихъ отъ 24 ноября 1617 г. относится къ графствамъ Worchester, Hereford и Shropshire. Она предписываетъ уполномоченнымъ короля «по ихъ усмотрѣнію подавлять мятежи, казнить и убивать всякими способами отдѣльныхъ или всѣхъ нашихъ враговъ, мятежниковъ и измѣнниковъ, а также другихъ примыкающихъ къ нимъ преступниковъ противъ нашей короны и достоинства». Аналогичная грамота была дана намѣстнику Уэльса, гдѣ предоставлялось ему «въ случаѣ необходимости примѣнять martial law и, покоривъ мятежниковъ, щадить лишь тѣхъ, сохраненіе жизни которымъ онъ признаетъ необходимымъ». Эта грамота, являющаяся, вѣроятно, простымъ сколкомъ съ грамоты Эдуарда VI, осталась мертвой буквой, такъ какъ никакихъ мятежей за это время въ Уэльсѣ не происходило.

Вторая грамота отъ 20 іюля 1620 г. даетъ власть сэру Robert Maunsell управлять экипажами кораблей, отправлявшихся на борьбу съ пиратами, причемъ предоставляетъ ему полномочіе «казнить пиратовъ и лишать жизни въ порядкѣ и по формѣ martial law».

Наконецъ, 30 декабря 1624 г. на имя мэра Дувра и др. были изданы грамоты, угрожавшія примѣненіемъ martial law солдатамъ и другимъ лицамъ, виновнымъ въ учиненіи грабежей, убійствъ и мятежей во время пребыванія ихъ тамъ. Эта грамота стояла въ связи съ корабельнымъ налогомъ (Ship—money). Согласно прокламаціи короля, тѣмъ, кто отказывался платить этотъ неконституціонный налогъ, назначался военный постой. Солдаты, однако, злоупотребляли постоемъ, и указанная грамота должна была поддержать дисциплину среди солдатъ [3]).

Первое законодательное постановленіе о martial law мы встрѣчаемъ въ знаменитой Петиціи о правѣ (Petition of Right—такъ называется статутъ 3 Car. I. c. 1 въ виду того, что онъ не былъ ре-

---

[1]) Эти commissions приведены у Rimer. Foedera XVIII 43, 246, 647 и затѣмъ цитируются.

[2]) Stephen. History of criminal law. I p. 208—210.

[3]) При Яковѣ I (4 Iam. I) было сдѣлано предложеніе: «чтобы искоренить застарѣлые дурные обычаи, безпорядки, кражи и грабежи, которыми заражены дурнѣйшіе жители около границъ королевствъ Англіи и Шотландіи, слѣдуетъ предписать, чтобы ихъ судили суммарнымъ путемъ по martial law, иначе они остаются безнаказанными въ той странѣ, куда убѣжали». Парламентъ, однако, рѣшительно воспротивился этому и издалъ статутъ (4 Iam. Ic. 1), которымъ внесъ нѣкоторыя измѣненія въ производство предъ присяжными по такимъ дѣламъ, но настоялъ на сохраненіи общаго суда. См. Beheaded Iohn Hewytt Ghost crying for exemplar justice. London 1660 p. 4.

Digitized by Google

дактированъ въ общей формѣ парламентскихъ статутовъ). Въ ней послѣ указанія различныхъ законовъ и привилегій, установленныхъ для защиты англійскихъ гражданъ, и тѣхъ нарушеній ихъ, которыя имѣли мѣсто за послѣднее время въ формѣ произвольныхъ преданій суду, назначенія постоя солдатъ и моряковъ, незаконныхъ поборовъ, приводится указаніе и на незаконное провозглашеніе martial law. Въ виду того, что постановленія Петиціи о правѣ являются нынѣ одной изъ основъ англійской конституціи и при обсужденіи предѣловъ допустимости martial law приходится прежде всего имѣть ихъ въ виду, приводимъ въ переводѣ ту часть этого акта, которая относится до интересующаго насъ вопроса.

«Въ 25-ый годъ царствованія Эдуарда III было постановлено, что ни одинъ человѣкъ не долженъ быть лишенъ жизни или члена тѣла вопреки постановленіямъ Великой Хартіи и законамъ страны, а упомянутой Великой Хартіей и другими законами установлено, что никто не можетъ быть приговоренъ къ смерти иначе, какъ по установленнымъ законамъ. Между тѣмъ, за большой печатью короля были изданы различныя грамоты, по которымъ предоставлялась власть и возможность примѣнять въ странѣ правосудіе по martial law въ суммарномъ порядкѣ, какой примѣняется въ арміяхъ во время войны противъ солдатъ, моряковъ и другихъ порочныхъ людей, дѣйствующихъ вмѣстѣ съ ними, которые учинятъ убійство, грабежъ, мятежъ или иное тяжкое преступленіе, затѣмъ предоставлялась возможность судить, осуждать и казнить такихъ преступниковъ по военному праву. Подъ этимъ предлогомъ нѣкоторые изъ подданныхъ вашего величества нѣкоторыми изъ уполномоченныхъ были казнены, хотя не всѣ они могли быть лишены жизни по законамъ и статутамъ королевства. Съ другой стороны, многіе тяжкіе преступники избѣгли наказанія, такъ какъ различные чиновники и служители правосудія несправедливо воздерживались отъ суда надъ ними по существующимъ законамъ, ссылаясь на то, что они могутъ быть наказаны только по martial law властью упомянутыхъ уполномоченныхъ, порученія, предоставленныя которымъ были открыто и прямо несогласными съ законами и статутами страны. Посему общины покорно просятъ ваше величество, соизволить на отмѣну и уничтоженіе означенныхъ грамотъ, разрѣшающихъ martial law, и предписать чтобы такія грамоты на будущее время не давались никому для исполненія, и чтобы подъ прикрытіемъ ихъ не могъ быть казнимъ или уничтожаемъ ни одинъ изъ подданныхъ вашего величества, вопреки законамъ и вольностямъ страны».

На эту Петицію Карлъ I послалъ сначала длинный и уклончивый отвѣтъ, изъ котораго можно было вывести, что онъ не же-

Digitized by Google

ластъ отказаться ни отъ одной изъ своихъ прерогативъ. Но послѣ обращенія обѣихъ палатъ, просившихъ о болѣе ясномъ отвѣтѣ, онъ счелъ благоразумнымъ дать санкцію въ обычной формѣ, послѣ чего палаты немедленно вотировали просимыя субсидіи [1]).

## III.

Постановленія Петиціи о правѣ относительно martial law страдаютъ рядомъ неясностей. Она выражаетъ лишь пожеланіе о томъ, чтобы король по собственной власти не издавалъ грамотъ съ соотвѣтственными полномочіями. Но остается открытымъ вопросъ о допустимости такихъ грамотъ въ силу делегаціи Парламента. Далѣе остается неяснымъ, отмѣняется ли это право короля только на время мира, или же это полномочіе отпадаетъ и на время войны, въ теченіе которой чрезвычайныя расправы часто встрѣчали сочувственное отношеніе къ себѣ со стороны Парламента. Мы еще коснемся оцѣнки создавшагося положенія со стороны англійскихъ юристовъ, пока же отмѣтимъ, что со времени 1628 г. до настоящей войны мы ни разу не находимъ случая примѣненія martial law въ самой Англіи [2]). Но оно часто примѣнялось въ слѣдующихъ трехъ областяхъ: 1) въ Арміи, 2) въ Ирландіи и 3) въ колоніяхъ.

1. Примѣненіе военныхъ судовъ въ арміи имѣетъ свои особые источники и, какъ было указано въ началѣ нашей статьи, составляетъ особый институтъ, позднѣе лишь слившійся съ подлиннымъ martial law.

Въ средніе вѣка существовалъ въ Англіи особый рыцарскій судъ (Court of Chivalry), въ которомъ предсѣдательствовалъ lord High Constable и carl Marshal of England или его депутатъ, при участіи клерка. Судъ этотъ имѣлъ какъ гражданскую, такъ и уголовную

---

[1]) Согласіе это, конечно, было вынужденнымъ. Когда Парламентъ былъ распущенъ, король распространилъ по Англіи 1500 экземпляровъ петиціи о правѣ, присоединивъ къ ней свой п е р в ы й отвѣтъ, чтобы внушить подданнымъ мысль о томъ, что дѣйствительнаго согласія дано не было. Мѣра эта, однако, не оказала своего дѣйствія, Hallam. Constitutional History I p. 391.

[2]) При возстаніи герцога Монмута при Яковѣ II была возможность примѣненія martial law, но оно не было примѣнено, вмѣсто того былъ посланъ извѣстный своей жестокостью судья Джефрисъ, который при участіи присяжныхъ казнилъ до 40 возставшихъ. Точно такъ же не было martial law ни въ 1715 ни въ 1745 г. при возстаніяхъ. Въ царствованіе Вильгельма Оранскаго былъ обнаруженъ заговоръ противъ него въ Голландіи и виновные были судимы совѣтомъ офицеровъ, но всѣ заговоры въ Англіи—судомъ присяжныхъ или Парламентомъ.

Digitized by Google

юрисдикцію. Въ качествѣ гражданскаго суда онъ являлся чѣмъ то въ родѣ мѣстническаго приказа (court of Honour), рѣшая дѣла о гербахъ, о знатности рода, о мѣстничествѣ, о договорахъ, связанныхъ съ военной помощью и т. п. На эти рѣшенія могла приноситься апелляція королю [1]). Съ теченіемъ времени эта гражданская юрисдикція, какъ замѣчаетъ Блэкстонъ[2]), «перешла въ руки нѣкоторыхъ чиновниковъ и придворныхъ, именуемыхъ герольдами, которые разсматриваютъ ее скорѣе какъ дѣло наживы, чѣмъ дѣло правосудія». Для насъ болѣе интересна его уголовная юрисдикція. О ней мы встрѣчаемъ указанія у M. Hale и Blackstone. Hale указываетъ, что и законодатели (8 Rich. 2 c. 5, 13 Rich. 2 s. 1 c. 2, 1 Henry IV c. 14) и судьи признавали юрисдикцію этого суда въ XVI вѣкѣ 1) надъ частными апелляціями по поводу смертей и убійствъ, имѣвшихъ мѣсто заграницей (beyond the sea) и 2) надъ преступленіями и проступками солдатъ, вопреки законамъ и правиламъ военной дисциплины. [3]) Блэкстонъ замѣчаетъ, что «уголовная юрисдикція этого суда обыкновенно ограничивалась убійствомъ и другими преступленіями, учиненными англичанами заграницей, но во время в о й н ы онъ становился весьма могущественнымъ судомъ съ широкими полномочіями» [4]). Эти полномочія суда маршала во время войны были весьма неопредѣленными и служили источникомъ сѣтованій населенія.

Однимъ изъ основаній непопулярности суда маршала было то, что онъ допускалъ производство by appeal, т. е. по частному объявленію, допускавшему обращеніе къ поединку, какъ способу рѣшенія спора. Когда Ричардъ II былъ низвергнутъ съ престола, то парламентъ выставилъ противъ него рядъ обвиненій (articles of impeachment. Rotuli Parliamentorum 1 Hen. IV, 44), среди которыхъ мы читаемъ слѣдующее: «такъ какъ вопреки главѣ 29 Великой Хартіи и своей коронаціонной клятвѣ онъ терпѣлъ, чтобы многіе изъ его вѣрныхъ подданныхъ были обвиняемы, заключаемы въ тюрьму и судимы предъ военнымъ судомъ Констебля и Маршала за слова, тайно произнесенныя ими или за непреступныя дѣйствія, при чемъ они должны были оправдываться посредствомъ дуэли; это нетолько привело къ гибели много великихъ и благородныхъ людей, но могло быть примѣнено къ каждому изъ членовъ палаты».

Современный изслѣдователь исторіи англійскаго права Hol-

[1]) Coke. 4 Inst. c. 17.
[2]) Blackstone. Commentaries, vol. III p. 105.
[3]) Hale. Honse of. Communs. p. 42.
[4]) Blackstone Commentaries v. III p. 106.



Digitized by Google

thworth пишетъ: «Точныя границы власти суда констебля и маршала никогда не были строго опредѣлены. Переходъ отъ феодальной монархіи среднихъ вѣковъ къ современному территоріальному государству оставилъ весьма неопредѣленными границы всѣхъ политическихъ властей. Тюдоры пользовались этой неопредѣленностью для того, чтобы захватить власть, какую они считали необходимой для поддержанія порядка. Стюарты присвоивали себѣ также подобную власть, но не столько съ добрымъ намѣреніемъ охранять миръ, сколько для того, чтобы сдѣлаться абсолютными королями»[1]). Въ 1640 г. судъ маршала вмѣстѣ со Звѣздной палатой былъ объявленъ «public grievance», но все-таки сохранилъ свое существованіе [2]). При королевѣ Аннѣ въ 1701 г. рѣшеніемъ по дѣлу Chambers v. Jenning отъ него было отнято право court of record, т. е. рѣшенія его потеряли право быть прецедентами. Послѣднимъ дѣломъ, разбиравшимся въ этомъ судѣ, было дѣло sir H. Blount въ 1737 г., послѣ чего этотъ судъ исчезаетъ совершенно [3]).

Юстиція надъ лицами, принадлежащими къ войску, путемъ акта парламента, перешла въ руки особыхъ военныхъ судовъ, учреждаемыхъ на основаніи вотируемыхъ парламентомъ Mutiny acts, уполномочивающихъ короля содержать постоянную армію, а также издать правила относительно набора, дисциплины, внутренняго порядка въ арміи. Первый такой актъ былъ изданъ въ 1689 г., въ первый годъ царствованія новой династіи (1 Will. and Mary. sess. 2. c. IV ). Во вступленіи къ этому акту мы читаемъ слѣдующее: «Хотя никто не можетъ быть лишенъ жизни или члена тѣла или подвергнутъ какому-либо наказанію по martial law или иначе, какъ по рѣшенію равныхъ или по законамъ страны, тѣмъ не менѣе, въ виду необходимости поддержать въ повиновеніи милицію (для сохраненія протестантской религіи, подчиненія Ирландіи и охраны безопасности короля), а также поддержать дисциплину среди солдатъ, постановляется, что солдаты, которые подымутъ мятежъ или возстаніе, будутъ подвергнуты болѣе примѣрному и строгому наказанію, чѣмъ то дозволяетъ обычныя правовыя формы». Далѣе актъ учреждаетъ для этой цѣли особые военные суды, состоящіе изъ

[1]) Holtsworth Martial law histori cally considered, Law Quarterly Review 18 vol. (1902) p. 123.

**) Th. F. Simons. The constitution aud practice of courts martial. 7 ed. London. 1875. ]

[2]) Въ 1644 г. была попытка провести спеціальные военные суды посредствомъ акта Парламента. Парламентъ уполномочилъ графа Эссекса и 29 другихъ представителей знати и джентри разсматривать въ числѣ 12-ти всѣ дѣла, касающіяся арміи.

[3]) Holthworth. o. c. p. 117—120.

Digitized by Google

офицеровъ, принесшихъ установленную присягу. Этотъ актъ долженъ быть прочитанъ во всѣхъ войскахъ.

Такимъ образомъ, въ концѣ XVII вѣка создается особая военная подсудность, но лишь для чиновъ войска. Первоначально эта юстиція имѣла временный характеръ (какъ то видно изъ приведенныхъ выше мотивовъ). Въ 1704 г., въ виду войны, было признано необходимымъ издать новый Mutiny act, аналогичный съ прежнимъ (2 and 3 Anne c. 20 s. 27). А съ 1717 г. (3 Geo. I) ежегодное возобновленіе полномочій военныхъ судовъ по Mutiny act становится обычной практикой парламента. Эти акты даютъ королю полномочіе издавать правила для управленія войсками и для учрежденія военныхъ судовъ, но съ той оговоркой, что смертная казнь можетъ быть назначаема лишь за дѣянія, перечисленныя въ самомъ актѣ.

Въ 1879 г. Mutiny act былъ замѣненъ въ части, касающейся судовъ, болѣе подробнымъ Army Discipline and Regulation act (44 and 45 Vict. c. 58), а въ 1881 г. онъ былъ изданъ въ новой редакціи подъ заглавіемъ Regulation of the force act 1881. Въ окончательной редакціи онъ вошелъ въ составъ Army act, которые начали издаваться ежегодно съ 1881 г., если только парламентъ не установитъ болѣе долгаго періода ихъ дѣйствія. Army act опредѣляетъ прежде всего количество солдатъ, которое король можетъ держать подъ ружьемъ. Затѣмъ онъ уполномочиваетъ короля издавать articles of war и процессуальныя правила для дѣятельности военныхъ судовъ, созывать военные суды и давать имъ порученія разсматривать опредѣленныя дѣла и наказывать виновныхъ согласно articles of war и постановленіямъ этого акта.

Въ предисловіи къ Army act говорится, что «ни одинъ человѣкъ не можетъ быть лишенъ жизни или члена тѣла или подвергнутъ во время мира какому-либо наказанію въ предѣлахъ этой страны по martial law или инымъ какимъ-либо образомъ, иначе какъ по рѣшенію своихъ пэровъ и согласно установленнымъ законамъ этой страны». Этой оговоркой какъ бы отдается дань постановленіямъ петиціи о правахъ. Но въ дальнѣйшемъ устанавливается изъятіе для военнослужащихъ. За чисто воинскія преступленія, перечисленныя въ самомъ актѣ (изъ нихъ тягчайшими являются: трусость, мятежъ и злостное неповиновеніе), виновные судятся въ военныхъ судахъ. За тягчайшія общія преступленія (государственная измѣна, убійство простое и квалифицированное, грабежъ), если они учинены въ предѣлахъ Англіи, военные должны быть судимы общими судами. По отношенію къ остальнымъ преступленіямъ устанавливается параллельная подсудность военныхъ и общихъ судовъ, причемъ общая подсудность является какъ бы основнымъ правиломъ, изъ



Digitized by Google

котораго преимущественно во время войны могутъ быть дѣлаемы изъятія властью начальника.

Военные суды организуются изъ нѣкотораго числа офицеровъ (отъ 5 до 11); они созываются каждый разъ для отдѣльнаго дѣла чрезъ посредство особаго Convening officer. Власть военнаго суда опредѣляется предѣлами власти начальника, при которомъ этотъ судъ организованъ. Во главѣ всей военно-судебной организаціи стоитъ general court martial, находящійся при главнокомандующемъ. Апелляція на рѣшенія военныхъ судовъ не допускается, но приговоры представляются на утвержденіе главнокомандующаго.

Военные суды уже рѣшаютъ дѣла не по своему усмотрѣнію, а руководясь закономъ. Army act указываетъ, что никто не можетъ быть лишенъ жизни или члена тѣла или подвергнутъ наказанію каторгой иначе, какъ за дѣянія, указанныя въ самомъ Army act, и вообще не можетъ быть наказанъ способомъ, который не находится въ соотвѣтствіи съ этимъ актомъ. Раньше этого правила не существовало [1]). Рѣшеніямъ военныхъ судовъ, однако, не придается такой силы, какъ рѣшеніямъ судовъ общихъ: они нуждаются въ особой санкціи [2]).

## IV.

Вымершее въ самой Англіи съ первой четверти XVII вѣка martial law въ отношеніи къ гражданамъ нашло, однако, широкое употребленіе съ конца XVIII вѣка по отношенію къ Ирландіи. Съ 1790 г. Ирландія пришла въ состояніе крайняго возбужденія. Французская революція производила здѣсь сильное впечатлѣніе, поднимая настроеніе у ирландскихъ католиковъ, находившихся въ

---

[1]) Th. F. Simons. The Constitution and practice of courts martial 7 ed. London 1875, Stephen's commentaries, 15-th edition by Edw. jenks. London 1908, v. II p. 650 сл. Gerland. Die englische Gerichtsverfassung, 1910, v. II p. 647—51.

[2]) Stephen History. v. I p. 216, писалъ еще въ 1883 г. Военные суды (courts-martial) какъ ихъ называютъ въ ихъ настоящемъ устройствѣ, вовсе не являются судами въ собственномъ смыслѣ. Это только коммиссія, образуемая для осуществленія дискреціонной власти, принадлежащей правительству. Съ одной стороны, они необязаны слѣдовать требованіямъ, указаннымъ въ Mutiny act и Articles of war, съ другой стороны, если они слѣдуютъ имъ, они вовсе не защищены благодаря этимъ правиламъ отъ отвѣтственности (это доказываетъ развѣ ихъ добросовѣстность). Они вправѣ дѣйствовать всякими способами и всякимъ путемъ, если необходимо подавить возстаніе или возстановить миръ и авторитетъ права.

Digitized by Google

безправномъ состояніи. Въ 1791 г. ирландскіе революціонеры составили заговоръ о низверженіи англійскаго правительства и объ установленіи республики подъ протекторатомъ Франціи. Ирландскія власти рѣшились тогда на свой рискъ прибѣгнуть къ военнымъ расправамъ. Такъ какъ на сторонѣ ихъ былъ ирландскій парламентъ, то дѣйствія ихъ затѣмъ были покрыты амнистіей 1791 г. (Act of Indemnity, 36 Geo. III c. 6). Это былъ первый случай воскрешенія martial law, и соотвѣтственный статутъ, признавая формальную незаконность дѣйствій властей, подчеркивалъ лишь уважительность тѣхъ мотивовъ, по которомъ власти дѣйствовали. Послѣ перваго прецедента практика амнистій стала повторяться [1]). Въ 1798 г. обстоятельства стали столь серьезными, что намѣстникъ Ирландіи, лордъ Кэмденъ счелъ необходимымъ собственною властью прокламировать martial law и подвергнуть казни по этой прокламаціи многихъ ирландцевъ [2]). Особенное возбужденіе было вызвано дѣломъ Wolfe Tone, который, подобно сэру Кэзементу въ настоящей войнѣ, былъ арестованъ при попыткѣ высадиться на французскомъ военномъ суднѣ въ Ирландіи. Онъ былъ подвергнутъ военному суду и приговоренъ къ повѣшенію. Отецъ Тона немедленно обратился въ судъ королевской скамьи въ Дублинѣ за Habeas Corpus act'омъ, ссылаясь на незаконность осужденія военнымъ судомъ, такъ какъ королевскіе суды тогда являлись открытыми. Судъ сразу выдалъ Habeas Corpus и предписалъ шерифу немедленно освободить Тона изъ-подъ военной стражи. Шерифъ, однако, вернулся, не исполнивъ предписанія, и сослался на отказъ provost-martial и майора Сандиса выдать осужденнаго, въ виду предписанія намѣстника. Судъ, не колеблясь, предписалъ тогда вторично вручить приказъ и арестовать provost и майора. На этотъ разъ шерифъ засталъ Тона умирающимъ: не будучи въ состояніи перенести позора казни, онъ перерѣзалъ себѣ въ тюрьмѣ горло [3]). Тогда же былъ казненъ за измѣну по приговору военнаго суда mr. Grogan, землевладѣлецъ въ графствѣ Уэксфордъ. Для успокоенія общественнаго мнѣнія и въ этомъ случаѣ дѣйствія намѣстника и его подчиненныхъ были покрыты амнистіей (39 Geo. III c. 3) [4]). Тогда же, съ

---

[1]) Cocuburn. Chorge. p. 48 сл.

[2]) State trials. vol. 37 p. 613.

[3]) См. описаніе этого дѣла у Lowry. Martial law within the Realm of England, London 1915 p. 28—34.

[4]) Статутъ указываетъ, что «мировые судьи и другія лица, въ цѣляхъ поддержанія публичнаго порядка и подавленія возстанія, арестовывали преступниковъ, подозрѣваемыхъ въ мятежѣ и высылали, безъ надлежащаго разрѣшенія, подозрительныхъ лицъ изъ предѣловъ королевства и даже были прину-

Digitized by Google

цѣлью придать законное основаніе военнымъ расправамъ на будущее время, чрезъ ирландскій парламентъ былъ проведенъ актъ о допустимости военныхъ расправъ въ Ирландіи съ разрѣшенія парламента (An act Giving to Parliament power to establish martial law—39 Geo. III c.11). Послушное большинство въ Ирландскомъ парламентѣ англійскимъ властямъ удалось получить благодаря широко развитой системѣ подкуповъ и наличію массы гнилыхъ мѣстечекъ, находившихся въ распоряженіи англійскихъ ставленниковъ. Подкупность парламента была такъ велика, что, какъ извѣстно, онъ въ 1800 г. вотировалъ за свое собственное упраздненіе. Но, несмотря на уничтоженіе ирландскаго парламента, принятое имъ полномочіе объявлять военную подсудность въ Ирландіи удержалось. Въ 1803 г. уже англійскій парламентъ возобновилъ полномочія намѣстника по примѣненію martial law. (43 Geo. III c. 117). Этотъ актъ гласитъ: «Лордъ-намѣстникъ или иной главный управитель Ирландіи, время отъ времени, въ теченіе этого возстанія, независимо отъ того, будутъ дѣйствовать обычные суды, или нѣтъ, будетъ вправѣ наказывать всѣхъ лицъ, участвующихъ въ этомъ возстаніи или помогающихъ ему, или умышленно нападающихъ на личность и имущество вѣрноподданныхъ его величества, согласно martial law, смертью или иначе, какъ онъ найдетъ соотвѣтственнымъ, чтобы наказать мятежниковъ и подавить возстаніе въ разныхъ округахъ; онъ будетъ вправѣ арестовывать и держать въ заключеніи всѣхъ лицъ, участвующихъ въ этомъ мятежѣ или подозрѣваемыхъ въ томъ, и предавать этихъ лицъ военному суду, въ суммарномъ порядкѣ. Этотъ судъ будетъ собираемъ время отъ времени подъ руководствомъ лорда-намѣстника и будетъ состоять изъ офицеровъ въ числѣ не менѣе 7 и не болѣе 13 и будетъ вправѣ судить всѣ преступленія, учиненныя съ цѣлью поддержанія мятежа и возстанія, независимо отъ того, были ли такія лица захвачены съ оружіемъ въ рукахъ, направляемымъ противъ его величества, или инымъ образомъ были замѣшаны въ возстаніи, или содѣйствовали ему; далѣе онъ будетъ вправѣ исполнять приговоръ всѣхъ военныхъ судовъ, назначающихъ смертную казнь или иное наказаніе, и выполнять всѣ акты, необходимые для этой цѣли, съ тѣмъ только ограниченіемъ, что приговоры, назначающіе смертную казнь, должны быть постановлены большинствомъ по крайней мѣрѣ $^2/_3$ голосовъ засѣдающихъ въ судѣ офицеровъ»...

---

жлены наказать нѣкоторыхъ преступниковъ смертною казнью и учинить другія дѣйствія, недозволенныя закономъ». Парламентъ считаетъ необходимымъ амнистировать ихъ въ виду крайности.

Digitized by Google

Затѣмъ актъ предоставляетъ напередъ амнистію всѣмъ тѣмъ, которые будутъ дѣйствовать по этимъ предписаніямъ намѣстника.

Въ 1833 году состояніе Ирландіи было тоже крайне тревожнымъ. Согласно статистич. даннымъ за 1832 г. тамъ было учинено болѣе 9000 тяжкихъ преступленій и въ томъ числѣ 242 убійства. Правительство провозгласило пріостановку Habeas Corpus act, запретило политическія собранія и вручило намѣстнику чрезвычайныя полномочія «for the more effectual Suppression of local disturbance and dangerous associations» (3 and 4 Will. IV c. 4). Этимъ актомъ предоставлено право намѣстнику провозглашать отдѣльныя части страны въ такомъ состояніи безпорядка, который требуетъ примѣненія полномочій, указываемыхъ въ этомъ актѣ. Ст. 13 этого акта дастъ намѣстнику право, если онъ признаетъ дѣятельность нормальныхъ судовъ недостаточной для быстраго и дѣйствительнаго наказанія виновныхъ, собирать и держать военные суды для разсмотрѣнія дѣлъ о такихъ лицахъ. Ст. 14 опредѣляетъ составъ этихъ судовъ. Онъ такой же, какой требуется и Mutiny act. Въ немъ должно участвовать отъ 5 до 9 офицеровъ въ чинѣ не ниже капитана изъ числа служившихъ въ дѣйствовавшей въ этомъ округѣ арміи не позже одного мѣсяца тому назадъ. На судѣ допускается защита и перекрестный допросъ. Для постановки приговора требуется при 7-ми членахъ 5 голосовъ, а при 9-ти—7 голосовъ. Одинъ изъ опытныхъ бэрристеровъ назначается намѣстникомъ для исполненія функцій юрисконсульта (judge—advocate) при этомъ судѣ. Но и здѣсь Парламентъ сознавалъ возможную отвѣтственность участниковъ предъ большимъ жюри и позднѣе покрылъ амнистіей дѣянія, учиненныя въ силу этого акта, хотя съ формальной точки зрѣнія они были вполнѣ законными.

Какъ извѣстно, martial law было вотировано для Ирландіи въ теченіе настоящей войны послѣ возстанія въ Дублинѣ въ апрѣлѣ 1916 г. На основаніи его были произведены казни тысячъ мятежниковъ, хотя главный виновникъ возстанія сэръ Кэзементъ былъ судимъ не военнымъ судомъ, а судомъ королевской скамьи съ участіемъ присяжныхъ.

## V.

Примѣненіе martial law въ Ирландіи не вызывало особыхъ споровъ относительно его законом'рности, такъ какъ оно отчасти было основано на санкціи Парламента, отчасти же покрывалось актами амнистіи. Нѣсколько иначе обстояло дѣло съ примѣненіемъ

Digitized by Google

этихъ чрезвычайныхъ мѣръ въ колоніяхъ. Въ теченіе послѣдняго столѣтія мы имѣемъ три дѣла, вызвавшихъ серьезные споры въ Англіи относительно возможности примѣненія martial law безъ санкціи парламента.

Первымъ было дѣло о примѣненіи военныхъ расправъ англійскими властями на о. Ямайкѣ въ 1865 г. Возстаніе на островѣ было подавлено съ крайней суровостью. Около 1000 лицъ были покараны; 439 изъ нихъ казнено, при чемъ 354—по приговорамъ военныхъ судовъ и 85—при преслѣдованіи, 600 человѣкъ подвергнуто тѣлеснымъ наказаніямъ и около 1000 домовъ сожжено. Общественное мнѣніе Англіи было крайне возбуждено этой жестокостью, и противъ губернатора колоніи, полковника Нельсона и предсѣдателя военнаго суда Бранда было представлено въ Лондонскій центральный уголовный судъ обвиненіе въ томъ, что онъ казнилъ при подавленіи этого возстанія англійскаго подданнаго Гордона безъ соблюденія законныхъ формъ процесса. Центральнымъ вопросомъ дѣла было то, могъ ли губернаторъ собственной властью провозгласить и примѣнить martial law. Предсѣдательствовавшій въ дѣлѣ лордъ, главный судья Конбэрнъ, въ своемъ поученіи большому жюри высказался противъ такого права. Это поученіе, позднѣе напечатанное (Charge to the grand jury af the Central Criminal Court in the case of Jamaica Rebellion, London 1867), представляетъ собою цѣлую историческую и юридическую диссертацію о martial law. Конбэрнъ указывалъ, что со времени 1628 г. не было ни одного случая примѣненія martial law въ силу полномочій короны, хотя къ тому и представлялись удобные поводы. Объявлять martial law—значитъ законодательствовать, именно, пріостанавливать дѣйствіе обычныхъ законовъ страны и замѣнять ихъ другими. Это несовмѣстимо съ основнымъ принципомъ конституціи, гласящимъ, что суверенъ можетъ издавать законы только съ участіемъ сословій королевства, черезъ Парламентъ. Это противорѣчитъ и постановленію Великой хартіи о томъ, что никто не можетъ быть судимъ иначе, какъ своими пэрами и по закономъ страны. Корона, имѣя безусловное право издавать законы для управленія арміей во время войны, но не во время мира, не имѣетъ власти ни во время войны, ни во время мира объявлять martial law для гражданъ [1]). Однако, большое жюри отвергло обвиненіе Нельсона, вышеся вердиктъ «ignoramus», вмѣстѣ съ тѣмъ оно сдѣлало формальное представленіе суду, въ которомъ «усиленно рекомендуетъ обратить вниманіе на то, чтобы законодатель регулировалъ martial law болѣе ясно».

[1]) A. Cockburn, Charge p. 70—75.

Digitized by Google

Вторымъ случаемъ обсужденія martial law по поводу колоніальной практики былъ запросъ, предъявленный Робертомъ Пилемъ и Гладстономъ предъ Комитетомъ Палаты Общинъ въ 1849 г. по поводу событій на о. Цейлонѣ. Мы приведемъ отрывки изъ объясненій, представленныхъ судьей—генеральнымъ адвокатомъ sir David Dundas и одобренныхъ Палатой [1]).

«Если губернаторъ вполнѣ и твердо увѣренъ, что гражданская и военная власть, вмѣстѣ съ помощью, которую онъ можетъ получить отъ преданной части подданныхъ ея величества, недостаточны для спасенія жизни всѣхъ и подавленія безпорядка, то его обязанностью является подавленіе безпорядка всякими иными средствами... Я полагаю, что англійское право допускаетъ для губернатора, какъ и для короля, въ силу врученныхъ ему полномочій, въ случаѣ необходимости и за личной отвѣтственностью, отмѣнять законы и провозглашать martial law для безопасности Колоніи. Онъ такъ же будетъ отвѣтственъ, какъ отвѣтственъ буду я, если убью на улицѣ человѣка, желающаго ограбить меня. Если я ошибся и не представлю удовлетворительныхъ объясненій судьѣ и присяжнымъ, то я подлежу отвѣтственности. Martial law, по моему мнѣнію, есть правило крайности, и осуществленіе его людьми, имѣющими власть, честно, сурово, но съ наивозможной гуманностью, есть исполненіе ими обязанностей добраго гражданина».

Наконецъ, послѣднимъ случаемъ обсужденія прерогативы провозглашать martial law явилось дѣло Marais во время бурской войны. Въ 1901 г. англійскій подданный Marais принесъ въ Тайный Совѣтъ апелляцію на высшій судъ Капской колоніи, въ которой жаловался на незаконное лишеніе его свободы въ силу распоряженія военныхъ властей. Дѣло вызвало большіе споры. Жалобщика поддержали двое судей Бьюкэненъ и Джонсъ, но большинство Тайнаго Совѣта высказалось противъ жалобы. Одинъ изъ наиболѣе авторитетныхъ судей Англіи, сэръ Фредерикъ Поллокъ, участвовавшій въ этомъ дѣлѣ, опубликовалъ позднѣе свое мнѣніе въ печати [2]). Въ немъ мы находимъ слѣдующую характеристику:

«Такъ называемое martial law, въ отличіе отъ military law, есть лишь неудачное названіе допускаемаго по общему праву оправданія дѣйствій, учиняемыхъ для защиты государства во время войны въ странѣ. Эти дѣйствія не являются непремѣнно актами физической силы и принужденія. Они могутъ имѣть какъ каратель-

[1]) Цитирую ихъ по книгѣ S t e p h e n. History of english Criminal law. v I p. 213—214.

[2]) F r. P o l l o c k. What is martial law? Law Quarterly Review 18 vol (1902) p. 153—156.

Digitized by Google

ный, такъ и предупредительный характеръ. Оправданіе всякаго отдѣльнаго акта, совершаемаго во время войны, въ конечномъ итогѣ производится предъ обычнымъ судомъ, и вопросъ о томъ, имѣлось ли состояніе войны въ данное время, является вопросомъ факта». Поллокъ считаетъ необходимымъ установить слѣдующія три положенія: 1) martial law есть вовсе не особая прерогатива, а право, принадлежащее всѣмъ полноправнымъ гражданамъ; 2) оно вовсе не принадлежитъ только военнымъ властямъ, хотя съ большимъ удобствомъ осуществляется ими; 3) его осуществленіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должно быть оправдано необходимостью.

Необходимость можетъ оправдывать лишь тѣ дѣйствія, «которыя благоразумный и мужественный чиновникъ сдѣлалъ бы безспорно при данныхъ обстоятельствахъ». Присяжные не склонны слишкомъ тѣсно толковать тѣ обязанности, которыя требуются отъ должностныхъ лицъ въ публичномъ интересѣ при крайнихъ обстоятельствахъ. Но всякое злоупотребленіе властью подъ предлогомъ публичныхъ нуждъ, фактически же для частныхъ цѣлей найдетъ съ ихъ стороны суровый отпоръ. Общіе суды имѣютъ всегда право пересматривать и регулировать мѣры, принятыя военной властью, и добросовѣстность только не является достаточнымъ оправданіемъ

Не трудно видѣть, что взглядъ на martial law, развитый Дендасъ и позднѣе Поллокомъ, въ сущности сводитъ martial law къ чрезвычайнымъ мѣрамъ, принимаемымъ властью въ состояніи крайности. Эти мѣры аналогичны необходимой оборонѣ правопорядка; онѣ не указываются закономъ, а признаются лишь непреступными въ томъ случаѣ, если въ судебномъ порядкѣ должностное лицо можетъ доказать состояніе крайности. При такомъ пониманіи, однако, остается трудно объяснимой одна черта martial law, а именно, провозглашеніе его. Крайность можетъ допускать примѣненіе чрезвычайныхъ мѣръ, но нельзя признать возможнымъ заранѣе опредѣлить тѣ мѣры крайности, которыя могутъ потребоваться. Сторонники приведеннаго взгляда, однако, обходятъ эту трудность ослабленіемъ юридическаго значенія момента прокламаціи

Сэръ Dundas, въ своихъ объясненіяхъ, указываетъ, что «прокламація martial law есть лишь заявленіе, обращенное къ тѣмъ, кому оно адресовано, о томъ, что будутъ приняты иныя мѣры, иной порядокъ производства, чѣмъ тотъ, который примѣнялся до прокламаціи» [1]).

[1]) Stephen. History. I p. 213.

Digitized by Google

H. carl Richards [1]) пишетъ: «Прокламація martial law никоимъ образомъ не является существеннымъ моментомъ для осуществленія соотвѣтственныхъ полномочій; она есть лишь удобный способъ оповѣщенія жителей о томъ, что военная власть приняла на себя контроль въ данномъ округѣ, но она ни въ чемъ не затрагиваетъ законности или незаконности дѣйствій властей».

Такимъ образомъ, m. l., по взгляду судей и юристовъ XIX вѣка, уже перестало быть особымъ полномочіемъ короны или замѣняющихъ ее должностныхъ лицъ, а является однимъ изъ проявленій публичной обороны правопорядка или публичной необходимости.

## VI.

Интересно отмѣтить, что за послѣднее время и въ Сѣв.-Американскіе Штаты стала проникать практика примѣненія martial law и притомъ въ томъ же его неопредѣленномъ значеніи, какое мы встрѣчаемъ въ Англіи.

Приведемъ нѣсколько примѣровъ, относящихся къ самому послѣднему времени [2]). Въ апрѣлѣ 1906 г., послѣ разразившагося въ Санъ-Франциско землетрясенія и послѣдовавшаго за нимъ пожара, начальникъ федеральныхъ войскъ генералъ Tunston издалъ прокламацію, въ которой объявлялось, что «федеральныя войска, чины полиціи и всѣ спеціальныя полицейскія власти уполномочены убивать всякаго, участвующаго въ грабежѣ имущества или застигнутаго при совершеніи другого тяжкаго преступленія».

Въ 1912 и 1913 г.г. въ штатѣ Западная Виргинія возникли весьма серьезные рабочіе безпорядки среди углекоповъ. Промышленники, для защиты своихъ заводовъ, должны были выставить пушки. Губернаторъ штата Глассконъ объявилъ въ районѣ безпорядковъ martial law и назначилъ комиссію изъ шести офицеровъ національной гвардіи для суда надъ участниками безпорядковъ. Эта комиссія осудила болѣе ста гражданъ. Губернаторъ и власти ссылались на то, что съ провозглашеніемъ m. l. пріостанавливается дѣйствіе какъ федеральной, такъ и государственной конституцій и вступаетъ власть командующаго. Высшій судъ Западной Виргиніи въ дѣлѣ Hatpield и Groham поддержалъ губернатора, указавъ, что страна находилась въ состояніи внутренней войны.

Въ 1914 г. въ штатѣ Колорадо, въ виду стачки, было объявлено

[1]) Martial law. Law Quart. Review. 1902 p. 139.

[2]) См. H. W. Ballantine. Unconstitutional claims of military authority. American jonrnal of criminal law. 1915. Samury. v. V. № 5.

Digitized by Google

генераломъ Chase нѣчто въ родѣ военнаго положенія. Военная власть присвоила себѣ право, «въ силу необходимости», производить аресты и обыски безъ разрѣшенія суда, конфисковать оружіе, предписать о закрытіи всѣхъ питейныхъ заведеній и т. д.

Наконецъ, въ томъ-же 1914 г. мы встрѣчаемъ въ штатѣ Монтана рядъ мѣръ, принятыхъ на основаніи прокламаціи губернатора Стюарта и весьма приближающихся къ m. l. Здѣсь также причиной послужилъ промышленный конфликтъ и динамитныя покушенія. Въ силу прокламаціи устанавливалась цензура для произведеній печати, воспрещались собранія подъ открытомъ небомъ, воспрещалось появленіе на улицахъ дѣтей позже извѣстнаго часа, были закрыты питейныя заведенія. Кромѣ того было объявлено, что всѣ проступки, вмѣсто полицейскаго суда, будутъ разсматриваться особымъ чиновникомъ, а болѣе серьезныя преступленія будутъ судиться особой военной коммиссіей. На основаніи постановленій этихъ особыхъ судовъ рядъ лицъ былъ приговоренъ къ лишенію свободы, къ публичнымъ работамъ, къ штрафу и т. д.

Примѣненіе произвольныхъ полномочій военными властями для подавленія стачекъ), конечно, сильно волнуетъ общественное мнѣніе Америки. Конституціи Союза и отдѣльныхъ Штатовъ не даютъ какихъ либо юридическихъ основаній для этихъ притязаній административной и военной власти. Федеральная конституція совершенно не упоминаетъ о m. l., и ничто не позволяетъ думать, что оно допускается хотя бы въ скрытой формѣ. Даже если признать возможность примѣненія его во время войны, то слѣдуетъ указать, что самое объявленіе состоянія войны зависитъ отъ конгресса (Art. I. s. 8), при этомъ американская конституція не усвоила себѣ англійскаго воззрѣнія о «внутренней войнѣ» (domestic war) и говоритъ только о вторженіи непріятеля.

Только въ 4 конституціяхъ отдѣльныхъ штатовъ мы встрѣчаемъ упоминаніе о m. l., именно, въ Массачузетсѣ, Нью-Гэмпширъ, Южной Каролинѣ и Родъ-Айландѣ. При этомъ первыя три указываютъ, что объявленіе m. l. можетъ быть сдѣлано лишь путемъ законодательства, постановленія этихъ конституцій должны разсматриваться не какъ уполномочивающія на примѣненіе m. l., а какъ ограничивающія его, такъ какъ конституціи Шаатовъ дѣйствительны лишь постольку, поскольку онѣ не противорѣчатъ федеральной[1]). Четырнадцатая же поправка къ федеральной конституціи для

[1]) Декларація правъ штата Массачузетсъ (p. I art. 28) содержитъ слѣдующее постановленіе: «Ни одно лицо, ни въ одномъ дѣлѣ, не можетъ быть судимо по martial law или подвергнуто какимъ-либо наказаніямъ или взысканіямъ въ силу этого права, кромѣ лицъ, служащихъ въ арміи и флотѣ и кромѣ активной

Digitized by Google

примѣненія наказанія требуетъ «законнаго порядка» (due process of law). Въ отдѣльныхъ конституціяхъ мы встрѣчаемъ дальнѣйшія указанія и на запретъ m. l. Такъ, конституціи, по крайней мѣрѣ, 20 штатовъ постановляютъ, что пріостановка дѣйствія законовъ можетъ быть произведена только актомъ законодательной власти. Военная власть во всѣхъ штатахъ, за исключеніемъ только штата Нью-Іоркъ, объявлена навсегда подчиненной и зависимой отъ гражданской власти [1]). Въ цѣломъ рядѣ штатовъ мы встрѣчаемъ указанія, что ни одинъ гражданинъ, не состоящій на военной службѣ, не можетъ быть подвергнутъ m. l. или наказанію въ силу него [2]).

Только въ конституціи для Сандвичевыхъ острововъ (Territory of Hawaii) мы въ ст. 31 находимъ прямое указаніе, что президентъ можетъ, въ случаѣ вторженія или возстанія или непосредственно грозящей опасности таковыхъ, пріостанавливать, въ интересахъ публичной безопасности, дѣйствіе Habeas Corpus акта и подчинять всю республику или часть ея дѣйствію martial law.

## VII.

Въ основаніи толкованія природы и предѣловъ martial law, какъ и всѣхъ институтовъ общаго права, лежитъ мнѣніе «great expounder of common law» судьи XVII вѣка Эдуарда Кока.

Кокъ, какъ показываетъ рядъ новѣйшихъ изслѣдованій по исторіи конституціоннаго права, излагалъ постановленія англійскаго права примѣнительно къ той либеральной идеологіи, которая была очень сильна въ половинѣ XVII вѣка. Въ своей дѣятельности въ качествѣ главнаго судьи и спикера Палаты онъ являлся однимъ изъ главныхъ проводниковъ ея въ жизнь, и при его участіи была составлена и проведена знаменитая петиція о правѣ.

Въ своихъ «Институціяхъ» онъ пишетъ [3]): «Если намѣстникъ или кто другой, имѣющій порученіе примѣнять martial law, во

---

милиціи, и при томъ не иначе, какъ по постановленію законодательной власти». Въ Нью-Гэмпширѣ (P. I. art. 34) и южной Каролинѣ (art. I s. 27) повторяется это же положеніе. Декларація правъ Родъ-Айлэнда (art. I s. 18) гласитъ: «военная власть должна находиться въ строгомъ подчиненіи гражданскимъ властямъ. Martial law можетъ осуществляться только въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ того будутъ требовать крайнія обстоятельства».

[1]) S t i m s o n. Federal and state constitutions. p. 347.

[2]) Мэрилэндъ, Вермонтъ, Зап. Виргиніи, Теннеси и др. S t i m s o n. Ib. p. 293.

[3]) E. C o k e 3 Instit. p. 52.

Digitized by Google

время мира повѣсить или инымъ образомъ казнить кого-либо съ ссылкой на martial law, то такое его дѣйствіе будетъ обыкновеннымъ умышленнымъ убійствомъ, такъ какъ это противорѣчитъ гл. 29 Великой хартіи и при томъ степень насилія здѣсь такова, что потерпѣвшій не можетъ обороняться; поэтому здѣсь необходимо признать злой умыселъ». Изъ этого отрывка выводили то правило, что осуществленіе военныхъ расправъ **во время мира** недопустимо. Временемъ же мира Кокъ признавалъ «время, когда суды королевства открыты и дѣла могутъ разсматриваться по общему праву». Еще до Кока совершенно сходственное мнѣніе было высказано извѣстнымъ политическимъ писателемъ эпохи Елизаветы Томасомъ Смитомъ [1]).

Въ дѣлѣ о ship - money судьи отнеслись благопріятно къ праву короны объявлять martial law, когда опасность грозитъ странѣ, при чемъ единственнымъ судьей того, существуетъ ли опасность, или нѣтъ, является сама корона. [2]) Противоположный взглядъ отстаивался Holberne, защитникомъ Гэмпдена. Въ своей рѣчи онъ говорилъ: «Милорды, во время войны я признаю, что не только его величество, но каждый человѣкъ, имѣющій въ своихъ рукахъ власть, можетъ захватывать въ королевствѣ чужое имущество, сносить постройки, снимать посѣвы, чтобы лишать непріятеля провіанта и вообще дѣлать все, что приводитъ къ безопасности королевства, не обращая вниманія на частную собственность». Но всѣ эти дѣйствія могутъ быть предпринимаемы только при дѣйствительной опасности, а не при одномъ предположеніи ея» [3]). Какъ извѣстно, рѣшеніе судей по дѣлу о корабельномъ налогѣ было признано парламентомъ неправильнымъ, и судьи привлечены къ отвѣтственности въ парламентѣ. Мнѣніе судей въ этомъ дѣлѣ, поэтому, не могло позднѣе признаваться авторитетнымъ.

Послѣ изданія Петиціи о правѣ среди юристовъ продолжаетъ держаться убѣжденіе, что martial law недопустимо лишь во время мира, прибѣгать къ нему, однако, возможно во время войны, когда суды закрыты. Отсюда прокламація martial law есть провозглашеніе состоянія войны въ странѣ.

Такъ, у лорда M. Hale, весьма авторитетнаго юриста половины XVIII вѣка, мы находимъ слѣдующія замѣчанія: «Если во время мира будетъ издано порученіе привести въ дѣйствіе martial law, и лица, получившія это порученіе, осудятъ кого-либо изъ королевскихъ подданныхъ (не зачисленныхъ въ войско), то это внѣ всякаго

[1]) Th. Smitz Commonwealth of England. 1589 B. II c. IV.

[2]) См., напр., мнѣніе судьи Finch въ State Trials. 3 vol. p. 1234.

[3]) State Trials, 3 vol. p. 977, 1012.

Digitized by Google

сомнѣнія явится тяжкимъ преступленіемъ и незаконнымъ производствомъ»[1]). Въ другомъ мѣстѣ онъ пишетъ, что «martial law есть скорѣе явленіе терпимое, чѣмъ признанное въ качествѣ права; только крайнее положеніе правительства и необходимость поддержанія порядка и дисциплины въ арміи придаютъ ему видимость права»[2]). Другой видный авторитетъ XVIII вѣка, Блэкстонъ почти буквально повторяетъ своихъ предшественниковъ, указывая, что martial law допустимо только во время войны для поддержанія дисциплины въ арміи [3]).

Этому вполнѣ опредѣлившемуся мнѣнію о допустимости martial law лишь во время войны противополагается другое, болѣе рѣшительное мнѣніе, утверждающее, что даже во время войны корона не можетъ осуществлять этого права; только парламентъ можетъ ввести его посредствомъ закона. Такой взглядъ нашелъ выраженіе у лорда-главнаго судьи общихъ тяжбъ лорда Loughborough въ его мнѣніи по дѣлу Grant v. Gould «Martial law—говорилъ онъ—какъ оно излагается у Хэля и Блэкстона, совершенно не существуетъ въ Англіи. Современные военные суды не имѣютъ ничего общаго съ тѣмъ, что примѣнялось прежде въ Англіи подъ именемъ martial law. То, что примѣнялось раньше, противорѣчило конституціи и совершенно уничтожено 100 лѣтъ тому назадъ», а другой судья лордъ главный баронъ Comyns заявилъ, что «martial law въ Англіи не можетъ быть примѣняемо безъ помощи и власти Парламента» [4]). Отрицательное отношеніе въ позднѣйшее время мы встрѣчаемъ у Дайси, «Martial law, какъ оно обыкновенно понимается, въ смыслѣ устраненія обыкновеннаго права, установленія временнаго правительства въ странѣ или въ части ея, введенія военныхъ судовъ, неизвѣстно англійской конституціи.

Наконецъ наиболѣе широкое признаніе прероготивы короны объявлять martial law содержитъ третій взглядъ, который допускаетъ martial law не только во время войны, но и для подавленія внутреннихъ безпорядковъ. Этотъ взглядъ имѣетъ два оттѣнка: одни сторонники его подчеркиваютъ эту возможность какъ прерогативу короны, другіе выводятъ его изъ положеній common law о крайней необходимости.

Къ сторонникамъ перваго воззрѣнія слѣдуетъ отнести двухъ писателей по исторіи англійской конституціи Finlanson и Hallam. Finlanson, много работавшій надъ этимъ вопросомъ, пишетъ: «Отъ

[1]) M. H a l e. History of the pleas of the Crown, изд. 1778 г. I p. 499.
[2]) M. H a l e. History of the Common law. p. 35.
[3]) B l a c k s t o n e Commentaries. v. I p. 400.
[4]) См. C o c k b u r n. Charge. p. 62.

Digitized by Google

временъ, когда зародились наши вольности, до нашего времени дошла доктрина, что во время возстанія корона, для возстановленія мира, можетъ объявлять войну мятежникамъ и сурово наказывать возставшихъ. Это право короны было признаваемо даже составителями великихъ хартій и Парламентомъ въ судебномъ рѣшеніи, въ которомъ указывалось лишь на незаконность осуществленія его во время мира (дѣло графа Ланкастера). Оно примѣнялось при каждомъ возстаніи безъ изданія статута, разрѣшавшаго его. Это право извѣстно всѣмъ историкамъ подъ именемъ martial law» [1]). Hallam пишетъ: «Могутъ быть такіе моменты настоятельной опасности, когда общая безопасность потребуетъ принесенія въ жертву правъ немногихъ; могутъ быть налицо обстоятельства, которыя не только оправдываютъ, но и предписываютъ игнорированіе конституціонныхъ формъ. Каждому правительству приходилось во время дѣйствительнаго возстанія провозглашать martial law и пріостанавливать гражданскую юрисдикцію. И эта аномалія, я долженъ признать, столь же необходима въ тѣхъ странахъ, гдѣ обычнымъ является судъ присяжныхъ, какъ и тамъ, гдѣ право рѣшенія предоставлено коронному суду. Но чрезвычайно важно съ крайней ревностностью наблюдать за стремленіемъ, присущимъ большинству правительствъ, вводить слишкомъ поспѣшно, распространять слишкомъ далеко и сохранять слишкомъ долго это опасное средство» [2]).

Сторонники этого взгляда выводятъ его изъ обязанности короля охранять миръ въ странѣ, обязанности, слѣдующимъ образомъ формулированной въ одномъ старинномъ статутѣ «quod pax ecclesiae et terrae inviolabiter observetur ita quod communis justitia singulis pariter exhibitur». Нѣкоторой опорой его являются «proviso» имѣющіяся въ актахъ 1833 г. (3 and 4 Will. IV c. 4) и 39 Geo. III c. 11 43 Geo. III c. 117 для Ирландіи, гдѣ содержится оговорка о томъ, что введеніе парламентскимъ статутомъ martial law «ни въ чемъ не устраняетъ, не ограничиваетъ или не уменьшаетъ прерогативы его величества осуществлять въ интересахъ общественной безопасности martial law противъ явныхъ враговъ и измѣнниковъ или какихъ-либо полномочій, переданныхъ лорду-намѣстнику или главнымъ губернаторамъ или губернаторамъ королевства или другихъ какихъ либо лицъ съ разрѣшенія Тайнаго Совѣта или безъ него подавлять мятежъ и измѣну и предпринимать всѣ дозволенныя правомъ дѣйствія тѣмъ же способомъ, какъ если бы даннаго акта не существовало».

---

[1]) Finlanson. Commentaries upon martial law. p. 1.

[2]) Hallam. The constitutional History of England. 1872. v. I p. 240.

Digitized by Google

По поводу этихъ оговорокъ Стифенъ замѣчаетъ: «Невозможно предположить, что такія заявленія (о дѣйствительности прерогативы монарха) могутъ разсматриваться какъ отмѣна Петиціи о правѣ для Ирландіи, хотя выраженія актовъ и приводятъ къ конфликту. То, что они называютъ «несомнѣнной прерогативой короны», перестало существовать со времени Петиціи о правѣ, и поэтому это выраженіе должно пониматься такъ, что корона имѣетъ несомнѣнное право противопоставлять мятежникамъ военную силу, предводительствуя войсками, какъ на театрѣ войны. Эта конструкція подкрѣпляется тѣмъ, что измѣнники приравниваются къ открытымъ врагамъ... Но какъ только военное столкновеніе окончилось, обязанностью военныхъ властей является передача арестованныхъ гражданскимъ властямъ» [1]).

Послѣдствіемъ взгляда на примѣненіе martial law, при возстаніяхъ, какъ на прерогативу коропы, является признаніе ненужности актовъ объ амнистіи, которые тѣмъ не менѣе широко здѣсь примѣнялись [2]), и что еще важнѣе, оно лишаетъ возможности суды входить въ оцѣнку того, имѣлось ли основаніе для примѣненія этой прерогативы, или нѣтъ, такъ какъ это входитъ въ самое содержаніе прерогативы.

Второе направленіе поэтому болѣе совпадаетъ съ положеніемъ англійскаго права по этому вопросу и даетъ болѣе адекватное объясненіе. Оно можетъ быть охарактеризовано какъ отрицаніе за короной какой-либо спеціальной прерогативы, но какъ признаніе за всѣми органами публичной власти возможности flagrante Seditione принимать всѣ необходимыя мѣры къ поддержанію общественной безопасности. Эта возможность пріобрѣтается ими не въ силу какихъ-либо спеціально предоставляемыхъ публичнымъ правомъ полномочій, а исключительно въ силу права крайности, за ихъ

---

[1]) На это указываетъ **Дайси** (Edinburgh Review. vol. 195 p. 90). Онъ говоритъ, что акты объ амнистіи покрывали лишь такія мѣры и дѣйствія, которыя предпринимались добросовѣстно и подъ вліяніемъ крайней необходимости. Нельзя говорить о прерогативѣ тамъ, гдѣ требуется изданіе статута съ обратной силой для освобожденія отъ отвѣтственности. Напротивъ того, F. Pollock. (Law Quarterly Review 18 v. p. 157) указываетъ, что эти акты объ амнистіи являются лишь дѣломъ благоразумія. «Ихъ задачей является не оправданіе незаконныхъ дѣйствій ex post facto, а успокоеніе сомнѣній, чтобы предупредить разорительныя и безполезныя тяжбы и, очень возможно, чтобы обезпечить возмѣщеніе убытковъ невиннымъ лицамъ, пострадавшимъ отъ такихъ оправдываемыхъ дѣйствій властей, которыя формально не имѣютъ законнаго титула».

[2]) Stephen. History of criminal law. v. I p. 211.



Digitized by Google

личной отвѣтственностью. Всякій потерпѣвшій можетъ потребовать отъ нихъ отчета предъ судомъ.

Но то обстоятельство, что они дѣйствовали для поддержанія порядка даетъ имъ безотвѣтственность. Здѣсь мы видимъ, такимъ образомъ, какъ бы особый видъ административной крайней необходимости, совершенно аналогичный крайней необходимости для частныхъ лицъ въ уголовномъ правѣ.

Взглядъ этотъ нашелъ свое выраженіе въ мнѣніяхъ судей, высказанныхъ въ дѣлахъ о примѣненіи martial law въ колоніальной практикѣ. (См. выше мнѣнія Dundas и Pollock). Онъ раздѣляется и нѣкоторыми теоретиками англійскаго публичнаго права. Такъ, Стифенъ, проанализировавъ различныя значенія, въ которыхъ употреблялось выраженіе m. l. указываетъ, что въ настоящее время этотъ терминъ юридически можетъ быть относимъ лишь къ полномочію, основанному на common law, отражать силой силу въ случаѣ нашествія и возстанія и расправляться съ возставшими, какъ съ непріятелемъ [1]). Военныя власти вправѣ дѣйствовать всякими способами, и всякимъ способомъ, если необходимо, подавить возстаніе или возстановить миръ и авторитетъ права, но они лично отвѣтственны за всѣ дѣйствія, которыя они совершатъ въ превышеніе своей власти, даже въ томъ случаѣ, если они будутъ дѣйствовать въ полномъ согласіи съ Mutiny act и articles of war [2]). Martial law вовсе не есть какая-либо совокупность полномочій. Это—лишь замѣна права волей высшаго начальника, иначе говоря, отмѣна права подъ дѣйствіемъ необходимости [3]).

Идея публичной крайней необходимости весьма близка англійскому праву. Не только спеціальные органы власти, какъ мировые судьи и констебли, надѣлены властью всячески подавлять мятежи, прибѣгая, въ случаѣ сопротивленія, ко всѣмъ мѣрамъ, вплоть до лишенія жизни, но и всякій добрый гражданинъ можетъ вполнѣ законномѣрно употреблять силу для подавленія измѣнъ, мятежей и тяжкихъ преступленій. Въ своей рѣчи предъ Парламентомъ въ 1780 г. по поводу мятежей Гордона (Gordon riots) лордъ Мансфильдъ,

[1]) Stephen. History of crim. law. I p. 207.

[2]) Ibid p. 216.

[3]) Такова, напр., характеристика его герцогомъ Веллингтономъ въ палатѣ лордовъ въ 1849 г. «М. l.—говорилъ онъ—есть лишь воля командующаго, а вовсе не право». Это мнѣніе повторяетъ Finlason: «М. l.—является произвольнымъ и неопредѣленнымъ, и терминъ право къ нему, собственно говоря, непримѣнимъ. Это, въ сущности, пріостановка всякаго права и предоставленіе господства волѣ командующаго соотвѣтственно требованіямъ момента, обычаямъ службы, причемъ здѣсь нѣтъ никакихъ установленныхъ правилъ». Finlason. Commentaries p. 140.

Digitized by Google

одинъ изъ самыхъ авторитетныхъ судей Англіи, характеризуя это право, указалъ, что оно вовсе не вытекаетъ изъ королевской прерогативы или изъ права провозглашенія martial law, а покоится на незыблемыхъ правилахъ общаго права [1]).

Итакъ, martial law, въ смыслѣ особой прерогативы короны, есть нѣчто исчезнувшее. Оно безвозвратно отмѣнено Петиціей о Правѣ. Но осталось воззрѣніе стараго общаго права въ публичной необходимости, которая оправдываетъ лицъ, прибѣгнувшихъ къ нарушенію права ради поддержанія общественнаго порядка. Терминъ martial law, какъ и другой утвердившійся въ жизни lynch law, вовсе не выражаетъ собою постановленій положительнаго права. Онъ характеризуетъ лишь отношеніе общественнаго правосознанія къ опредѣленнымъ, формально несогласнымъ съ правомъ, дѣйствіямъ. Извѣстные акты признаются допустимыми, при извѣстныхъ условіяхъ, со стороны общественнаго правосознанія. Это общественное правосознаніе находитъ свое выраженіе или въ вердиктахъ присяжныхъ, которые, опираясь на общественную правовую психологію, оправдываютъ нарушителей формальнаго права, или въ вотируемыхъ Парламентомъ актахъ объ амнистіи.

Если провести параллель между martial law и нашимъ военнымъ положеніемъ, то необходимо отмѣтить слѣдующія коренныя различія.

1) Военное положеніе передаетъ командующимъ совокупность опредѣленныхъ полномочій; дѣйствуя на основаніи ихъ командующіе поступаютъ въ соотвѣтствіи съ формальнымъ правомъ, и потому безотвѣтственны за свои дѣйствія.

Напротивъ того, martial law по своему содержанію неопредѣленно. Если въ грамотѣ или въ прокламаціи о martial law и перечисляются опредѣленныя полномочія, то такой перечень не имѣетъ юридическаго значенія, такъ какъ онъ не является законнымъ титуломъ. Характеръ формальной незакономѣрности дѣйствій командующаго сохраняется, и потому послѣдній отвѣтственъ предъ судомъ за свои дѣйствія. Защиту отъ этой отвѣтственности, если дѣйствія командующаго соотвѣтствуютъ общественному правосознанію, ему оказываютъ совѣсть присяжныхъ и Парламентъ посредствомъ акта объ амнистіи. Однако, если martial law провозглашается путемъ акта Парламента, то мы имѣемъ положеніе весьма близкое къ военному положенію на континентѣ, такъ какъ актъ парламента модифицируетъ формальное право.

2) Обстоятельства, подъ вліяніемъ которыхъ можетъ быть

[1]) Campbell. Lives of the Chief Justices p. 415.



Digitized by Google

вводимо военное положеніе на континентѣ, хотя и перечисляются въ законѣ, но оцѣниваются самою верховною властью и не подлежатъ повѣркѣ въ судебномъ порядкѣ. При martial law, хотя король или намѣстникъ могутъ сами признавать обстоятельства допускающими провозглашеніе m. l., однако, установлены объективные признаки, по которымъ судъ можетъ провѣрять дѣйствительность этихъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ, и то, соотвѣтствовали ли принятыя мѣры необходимости.

3) Наконецъ, martial law не предполагаетъ длительнаго состоянія. Оно дѣйствуетъ лишь flagrante Seditione или bello. Съ подавленіемъ возстанія или прекращеніемъ войны оно отпадаетъ автоматически. Между тѣмъ въ большинствѣ странъ военное положеніе вводится на срокъ и имѣетъ тенденціи къ продолжительному сохраненію.

Приравнивая m. l. къ мѣрамъ, вызываемымъ публичной крайностью, мы должны отмѣтить, что содержаніе этихъ мѣръ по необходимости остается неопредѣленнымъ. Вслѣдствіе этого въ понятіе m. l. укладывались весьма разнообразныя мѣропріятія. Въ этомъ отношеніи m. l. весьма сближается съ пріостановкой Hobeas Corpus act'a. Фактически многія изъ полномочій администраціи, при такой, пріостановкѣ, суть по природѣ своей именно осуществленіе m. l.

Публичная крайность, понимаемая какъ способъ охраненія порядка, нѣсколько шире состоянія индивидуальной крайности (необходимой обороны и крайней необходимости). Содержаніе послѣдней ограничивается только противодѣйствіемъ отдѣльному нападенію или опасности. При публичной крайности мы имѣемъ еще задачу и общаго воздѣйствія. Иными словами, кромѣ функціи пресѣченія сюда присоединяется еще и задача общаго предупрежденія. Въ самомъ дѣлѣ, наказаніе по m. l., какъ и всякое наказаніе вообще, уже не есть средство пресѣченія, а мѣра общаго предупрежденія. Мѣры пресѣченія при безпорядкахъ сводятся по преимуществу къ признаваемымъ commun law правамъ полиціи и вообще каждаго гражданина арестовывать и, въ случаѣ крайности, даже убивать участника безпорядковъ, разсѣивать скопища и т. п. Martial law имѣетъ въ виду преимущественно карательную функцію. По классической концепціи судьи Кока, крайность здѣсь скрывается въ томъ, что общіе суды королевства закрыты и не представляется возможнымъ созвать присяжныхъ. При нормальныхъ условіяхъ, эти обстоятельства могли бы служить только основаніемъ къ отсрочкѣ дѣла. Но чрезвычайныя обстоятельства требуютъ немедленной расправы, такъ какъ только она можетъ произвести

Digitized by Google

впечатлѣніе и подавить безпорядокъ. Здѣсь, поэтому, можно говорить, что общее предупрежденіе какъ бы превращается въ форму пресѣченія, т. к. дѣйствіе его должно сказаться немедленно. Другая черта карательной и судебной дѣятельности по martial law является произвольность назначаемыхъ наказаній и соблюдаемыхъ процессуальныхъ правилъ. Военный судъ, въ сущности, не стѣсненъ ни матеріальнымъ ни процессуальнымъ правомъ. Рѣшенія его суть не судебные, а административные акты. Но, конечно, поскольку того не требуетъ крайность, постановленія процессуальнаго и матеріальнаго права соблюдаются. Быстрота и устрашительность наказанія—вотъ двѣ исключительно доминирующія цѣли. Каждая изъ нихъ содержитъ въ себѣ элементъ общаго предупрежденія, который въ данномъ случаѣ обращается на цѣли пресѣченія. При m. l. такимъ образомъ правосудіе подчиняется задачамъ пресѣченія или судебный интересъ—административному.

Иной характеръ имѣетъ провозглашеніе martial law актомъ Парламента, какъ то имѣло мѣсто въ настоящую войну для Англіи. Здѣсь имѣется въ виду уже совершенно опредѣленное правовое послѣдствіе: подсудность гражданъ военнымъ судамъ за опредѣленныя преступленія. Сами военные суды являются уже, благодаря Army acts, вполнѣ опредѣленными учрежденіями. Эта подсудность опирается уже не на commun law, а на статутъ Парламента. Законъ создаетъ параллельную возможность общаго и военнаго суда. Для англійскихъ гражданъ выборъ опредѣляется ихъ собственной волей, и онъ переходитъ къ правительству лишь «въ случаяхъ крайности». Для иностранцевъ установлено общимъ образомъ, что подсудность опредѣляется правительствомъ.

Какой опытъ извлекутъ англичане изъ этой новой практики martial law, навѣянной континентальнымъ правомъ, сказать трудно. По признанію англійскаго правительства подсудность военныхъ судовъ установлена скорѣе ad terrorem hostium, чѣмъ ad usum publicum. Еще преждевременно дѣлать выводы и подводить итоги. Но полезно отмѣтить тотъ разрывъ съ прошлымъ, который мы видимъ въ этой мѣрѣ англійскаго правительства.

*П. И. Люблинскій.*

Digitized by Google

# Автономное правотворчество въ частномъ правѣ.

Процессы правотворчества и связанныя съ ними проблемы обыкновенно остаются внѣ поля зрѣнія цивилиста-догматика. Его задача ограничивается выясненіемъ того, въ какой мѣрѣ законъ, какъ главнѣйшій и основной источникъ современнаго права, признаетъ или терпитъ, рядомъ съ собою, существованіе другихъ, извѣстныхъ наукѣ, формъ правообразованія: обычая, судебной практики и права юристовъ. Сообразно съ этимъ, при разрѣшеніи вопроса, является ли то или другое отдѣльное положеніе нормою объективнаго права или нѣтъ, единственнымъ критеріемъ признается возможность его отнесенія къ одному изъ такъ наз. источниковъ права. Если оно къ нимъ отнесено быть не можетъ, его нельзя признавать нормою дѣйствующаго права. Сложный процессъ правотворчества такимъ образомъ разсматривается исключительно подъ угломъ зрѣнія отношенія къ нему законодателя. Теоретическая несостоятельность такого методологическаго монизма всесторонне выяснена въ новѣйшемъ изслѣдованіи Б. А. Кистяковскаго [1]). Но въ данномъ случаѣ методологическая погрѣшность влечетъ за собою весьма серьезныя практическія послѣдствія. Вся обширная область автономно созданныхъ нормъ, опредѣляющихъ внутреннюю жизнь многочисленныхъ соціальныхъ образованій, остается внѣ дѣйствующаго права или насильственно втискивается въ понятія о договорномъ соглашеніи или законѣ, не считаясь съ тѣмъ, насколько это соотвѣтствуетъ ихъ природѣ, какъ правового явленія. Даже изслѣдователи, признающіе эти нормы продуктомъ особой правосозидательной силы, приписываютъ ей не самостоятельный, а производный характеръ, т. е. исходятъ изъ мысли, что она должна опираться на одномъ изъ признанныхъ правопорядкомъ источниковъ права.

---

[1]) Соціальныя науки и право. Мск. 1916 г.

Digitized by Google

Остановимся, въ видѣ примѣра, на уставѣ акціонерныхъ компаній и другихъ обществъ. Хотя вопросъ о его юридической природѣ уже занимаетъ юристовъ, начиная съ 18 вѣка, наука, по словамъ одного изъ новѣйшихъ изслѣдователей[1]), «въ настоящее время болѣе далека отъ единогласнаго отвѣта на него, чѣмъ когда-либо. Недавно еще многіе считали объективноправовую теорію господствующею, но какъ-разъ въ послѣдніе годы снова возросло количество ея противниковъ. Равнымъ образомъ и практика еще до сихъ поръ не заняла по этому вопросу опредѣленной позиціи»...

Сторонники договорной теоріи опредѣляютъ уставъ какъ «совмѣстный волевой актъ акціонеровъ, регулирующій ихъ взаимоотношенія, а также ихъ права и обязанности по отношенію къ самой компаніи. Его сила, говоритъ Леманъ[2]), не зиждется на авторитетѣ государства, а имѣетъ своимъ источникомъ частную автономію членовъ компаніи. Однако, Леманъ тутъ же оговаривается, что уставъ «можетъ также содержать положенія объективнаго права, которыя не утрачиваютъ свойства нормъ закона отъ того, что они включены въ уставъ». Онъ, далѣе, признаетъ, что уставъ «имѣетъ косвенное значеніе для третьихъ лицъ, поскольку имъ опредѣляются полномочія органовъ компаніи, условія дѣйствительности принятыхъ рѣшеній, представительства, прекращенія и пр.», что многочисленные, «несущественные» вопросы не предрѣшаются уставомъ, а ихъ предоставляется рѣшать впослѣдствіи по большинству голосовъ, что, наконецъ, договоръ, лежащій въ основаніи устава, не долженъ быть отождествляемъ съ договоромъ товарищества. Онъ «не обязательственный договоръ между акціонерами, а направленный на созданіе корпораціи совмѣстной волевой актъ. Отдѣльныя волеизъявленія производятся не съ тѣмъ, чтобы породить взаимныя права и обязанности, а каждое изъ нихъ само по себѣ составляетъ одностороннюю сдѣлку».

Не трудно видѣть, что со всѣми этими оговорками, повторяемыми большинствомъ сторонниковъ договорной теоріи, послѣдняя, въ сущности, сводится къ указанію, что однимъ изъ условій возникновенія устава и его обязательности для опредѣленныхъ лицъ является наличность соглашенія. Но отсюда еще не вытекаетъ, что уставъ есть договоръ, что имъ порождаются только индивидуальныя правоотношенія, ибо установленіе такихъ отношеній вовсе не единственная функція соглашенія воль въ области права. «Нынѣ

[1]) Oertmann, Die rechtliche Natur der Vereinssatzung въ Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil., Okt. 1913 стр. 127.

[2]) Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften (1904) т. II стр. 4.

Digitized by Google

признано», говоритъ Писемскій [1]) (одинъ изъ послѣдователей теоріи о договорномъ характерѣ устава), «что понятіе о договорѣ независимо отъ его послѣдствій; что договоръ имѣетъ примѣненіе не только въ обязательственномъ правѣ, но во всей области права; что отношенія, порождаемыя договоромъ, могутъ быть не только гражданскія, но и государственныя и международныя; что договоръ долженъ быть признанъ всюду тамъ, гдѣ для произведенія извѣстнаго юридическаго дѣйствія требуется согласіе воль нѣсколькихъ лицъ, duorum vel plurium in idem placitum consensus. При такомъ взглядѣ на договоръ нѣтъ основанія не считать акціонерной компаніи договорнымъ отношеніемъ акціонеровъ, какъ скоро для учрежденія ея необходимо добровольное соглашеніе ея участника».

Болѣе упрощеннымъ путемъ къ тому же выводу приходитъ Шершеневичъ [2]). «Каждое товарищество, какого бы рода оно ни было—полное, на вѣрѣ или акціонерное—непремѣнно имѣетъ свой уставъ, который является выраженіемъ взаимнаго соглашенія, договоромъ..... Признавая договорный характеръ за акціонернымъ уставомъ, мы должны ео ipso отвергнуть за нимъ значеніе спеціальнаго закона. Акціонерный уставъ имѣетъ силу закона, какъ и всякій договоръ, для лицъ, заключившихъ его, но не для постороннихъ лицъ. Законъ является юридическимъ положеніемъ, исходящимъ отъ верховной власти и выраженнымъ въ установленной формѣ..... За верховною властью всегда сохраняется право отмѣнять вовсе или измѣнить законъ, когда она найдетъ это необходимымъ. Напротивъ, акціонерные уставы не могутъ быть измѣняемы безъ согласія частныхъ лицъ, которыхъ отношенія они предназначены регулировать». Авторъ считаетъ безспорнымъ, что разъ уставъ создается путемъ соглашенія и не является «положеніемъ, исходящимъ отъ верховной власти», онъ уже не можетъ быть ничѣмъ инымъ, какъ договоромъ. То, что по нашему праву для его дѣйствительности требуется утвержденіе Верховной власти, по мнѣнію Шершеневича, не колеблетъ его вывода, ибо 1) порядокъ учрежденія не совпадаетъ съ порядкомъ изданія законовъ и 2) частные уставы, согл. ст. 2193 т. X ч. I, должны соотвѣтствовать общимъ законамъ.

По поводу изложеннаго ученія Лауберъ [3]) совершенно пра-

---

[1]) Акціонерная компанія съ точки зрѣнія гражданскаго права (Мск. 1876) стр. 94.

[2]) О юридической силѣ уставовъ акціонерныхъ товариществъ въ Ж. гр. и уг. пр. за мартъ 1889 г. стр. 124. Ср. его же Курсъ торговаго права I стр. 441 и Учебникъ (6 изд.) стр. 186.

[3]) Fr. Lauber, Die rechtliche Natur der Vereinsssatzung (Erl. Diss. 1910).

Digitized by Google

вильно замѣчаетъ, что самое противопоставленіе договора объективному праву невѣрно, ибо основано на смѣшеніи правопроизводящаго акта съ произведеннымъ правоположеніемъ. «Можно противополагать юридическую сдѣлку (договоръ) другимъ правопроизводящимъ актамъ или совокупность конкретныхъ правъ и обязанностей (субъективное право)—объективному праву. Но ошибочно говорить, что уставъ, т. е. правоположеніе есть сдѣлка (договоръ)».

Противники договорной теоріи большею частью усматриваютъ въ уставѣ законъ или законоподобную норму объективнаго права. Съ обычнымъ представленіемъ о частноправовомъ договорѣ,—говорятъ они,—не совмѣстима ни возможность измѣненія устава противъ воли меньшинства, ни, съ другой стороны, невозможность его измѣненія по соглашенію акціонеровъ, безъ санкціи Верховной власти (ст. 2153 прим. 1 и 2154 т. X ч. I). Уставы несомнѣнно заключаютъ въ себѣ не только постановленія о взаимоотношеніяхъ акціонеровъ и ихъ отношеніяхъ къ акціонерной компаніи. Ими опредѣляются, согласно ст. 2158, «составъ и образъ дѣйствія компаніи» и «дальнѣйшее приложеніе къ свойству и потребностямъ предпріятія», др. сл., способъ разрѣшенія не предусмотрѣнныхъ уставомъ вопросовъ. По словамъ объяснительной записки [1]), въ уставахъ нашихъ акціонерныхъ обществъ содержатся, кромѣ того, постановленія, касающіяся «правоотношеній ихъ къ правительству (надзоръ, отчеты, привилегіи, концессіи), казнѣ (пошлины и сборы) и частнымъ лицамъ (кредитныя операціи, договоры, страхованія перевозки, поклажи и т. д.)». Отсюда редакторы записки дѣлаютъ выводъ, что «Высочайше утвержденные уставы у насъ несомнѣнно имѣютъ значеніе и законовъ, несмотря на возникновеніе ихъ изъ договорныхъ отношеній».

Однако, что означаетъ выраженіе «имѣютъ значеніе закона»? Нѣкоторые авторы [2]) исходятъ изъ предположенія, что рѣчь идетъ о спеціальномъ законѣ въ техническомъ смыслѣ, но уже Гирке указалъ—и его слова повторяются въ большинствѣ монографическихъ изслѣдованій о природѣ устава,—что это плодъ недоразумѣнія. «На самомъ дѣлѣ уставъ каждаго союза создаетъ (вѣрнѣе—содержитъ) не только правоотношенія, но также правоположенія, долженствующія служить объективнымъ правомъ союзной сферы. Въ этомъ смыслѣ онъ, по своей природѣ, союзный законъ (ein Vereinsgesetz), но этимъ еще отнюдь не сказано, что ему должны

[1]) См. проектъ кн. V гражд. улож. подъ ст. 719.

[2]) Напр. Петражицкій, Акціонерная компанія (1898) стр. 3, Удинцевъ, Торгово-промышленное право стр. 20, Pfaff und Hofmann, Comm. z. öster. allg. b. Gb. стр. 267 сл.

Digitized by Google

быть также присущи свойства закона въ техническомъ смыслѣ». [1] Противники договорной теоріи, утверждающіе, что уставъ е с т ь законъ, впадаютъ въ противорѣчіе съ требованіемъ, чтобы законъ издавался государствомъ въ строго опредѣленномъ порядкѣ. Если же они только уподобляютъ его закону, то подъ этою метафорою скрывается лишь вполнѣ правильное утвержденіе, что уставъ есть норма объективнаго права, имѣющая въ извѣстныхъ предѣлахъ равную съ закономъ силу. Но такимъ положеніемъ вопросъ о юридической природѣ подобной нормы только ставится, а не разрѣшается.

Столь же безплодныя усилія и тѣ же оговорки, мѣняющія сущность предложенной конструкціи, мы встрѣчаемъ каждый разъ, когда возникаетъ вопросъ о нормахъ, опредѣляющихъ внутренній правопорядокъ хозяйственныхъ предпріятій, какъ-то: о регламентахъ [2] и тарифахъ желѣзныхъ дорогъ [3], общихъ полисныхъ условіяхъ страховыхъ обществъ [4], правилахъ внутренняго распорядка [5] и др. Они съ полною очевидностью доказываютъ, что вопросъ не можетъ быть удовлетворительно разрѣшенъ въ рамкахъ диллемы: договоръ или законъ. Въ послѣднее время въ литературѣ и практикѣ все чаще дѣлаются попытки прибѣгать для объясненія подобныхъ нормъ къ указанію на спеціальные правотворческіе факты, не принадлежащіе ни къ одному изъ признанныхъ источниковъ права. Главнѣйшій изъ нихъ—автономія соціальныхъ единицъ и группъ. Но ссылка на автономію, какъ правосозидающую силу, не имѣетъ подъ собою сколько-нибудь твердой почвы, пока не будутъ разрѣшены общіе вопросы, которымъ не только наша, но и западная наука удѣляетъ поразительно мало вниманія: возможно ли вообще въ области частнаго права автономное правотворчество, и если возможно, каковы юридическая природа, основаніе обязательности и предѣлы дѣйствія автономныхъ нормъ? Мы постараемся дать посильный отвѣтъ на эти во-

---

[1]) Deutsches Privatrecht I стр. 150.

[2]) Laband въ Deutsche Juristenzeitung за 1900 стр. 509 сл., Paschke, Die Rechtsgültigkeit der Eisenbahnverkehrs ordnung (Dis 1903), Schnuck, Die Gültigkeit der... Verordnungen in Eisenbahnsachen (Dis 1909), Bäseler въ Abh. aus St.- Verw.- und Völkerrecht т. IX (1912), Рабиновичъ, Теорія и практика желѣзнодор. права § 35.

[3]) Endemann въ Busch, Archiv т. 42 стр. 206 сл., Colson, Transports et tarifs, Рабиновичъ ук. соч., Змирловъ въ Ж. М. Ю. за 1916 г. кн. II.

[4]) Ehrenberg, Versicherungsrecht, I (1893) стр. 79 сл., Гойхбаргъ, Источники договорнаго страхового права (1914), Шершеневичъ, Курсъ II стр. 378 (ср. рѣш. сен. 1898 г. № 92 и 1915 г. № 36).

[5]) См. Köehne Die Arbeitsordnungen (1901), Oertmann Die rechtliche Natur der Arbeitsordnung и указанную тамъ литературу.

Digitized by Google

просы и, прежде всего, попытаемся выяснить сущность и смыслъ самого понятія объ автономіи.

Терминъ «автономія» не имѣетъ точно опредѣленнаго значенія, и относительно его природы, какъ правового явленія, до сихъ поръ въ наукѣ не сложилось общепризнаннаго ученія [1]). Это объясняется отчасти тѣмъ, что въ различныя историческія эпохи это понятіе имѣетъ неодинаковое матеріальное содержаніе, отчасти же тѣмъ, что отдѣльные изслѣдователи различно смотрятъ на отношеніе государства къ общественному правотворчеству. Въ средніе вѣка, при слабомъ развитіи государственной власти, не только публичноправовые союзы, но также крупные землевладѣльцы претендовали на широкое политическое самоопредѣленіе, въ особенности, на безпрепятственное отправленіе законодательныхъ функцій, по вопросамъ, не затрогивающимъ интересовъ всего государства. Автономія понималась какъ частичный суверенитетъ. При характерной для той эпохи нераздѣльности публичнаго и частнаго права автономія, въ смыслѣ способности законодательствовать въ ограниченной сферѣ жизни, обнимала какъ отношеніе ея главы къ подчиненнымъ его власти лицамъ, такъ и взаимоотношенія этихъ лицъ. Она въ отведенныхъ ей предѣлахъ устраняла примѣненіе государственныхъ законовъ.. Послѣ рецепціи римскаго права, однако, въ доктринѣ и практикѣ укрѣпилось положеніе, что законодательная власть принадлежитъ только главѣ государства (императору) и главѣ церкви (папѣ). Чтобы согласовать эту теорію съ дѣйствительностью, было придумано различіе между jus leges ferendi и jus statuendi, между lex и statutum. Но граница между ними была чрезвычайно неопредѣленна и расплывчата. Jus statuendi обнимало право издавать партикулярныя нормы, принадлежавшее отдѣльнымъ лицамъ и союзамъ, надѣленнымъ, въ опредѣленныхъ предѣлахъ, политическою самостоятельностью (т. н. imperium merum et mixtum и jurisdictio). По существу оно ничѣмъ не отличалось отъ партикулярныхъ законовъ. Автономія этихъ лицъ и союзовъ, хотя формально уже не имѣла характера частичнаго суверенитета, а производнаго отъ суверенной власти правомочія, но она все же понималась какъ конкурирующая съ верховною властью функція издавать

[1]) Литература вопроса наиболѣе полно указана у Гирке, Genossenschaftsrecht passim. См. особенно т. II стр. 466 сл. т. III, стр. 215, 385 сл., 456 сл., 774 сл. Суммарный обзоръ исторіи автономіи даютъ Wilda въ Rechtslexicon изд. Weiske s. v. Autonomie, Stobbe, Deut. Privatr. I стр. 145, Gierke, Deut. Privatr. I стр. 144 сл., Reiss, Kritik des Begriffs und Umfangs der Autonomie nach deutschem Privatrecht (Erl. Diss. 1902).

Digitized by Google

для опредѣленной области нормы, обладающія дерогаторною силою. [1])

Усиленіе государственной власти должно было естественно породить стремленіе къ монополизированію правотворчества въ рукахъ государства. Это стремленіе встрѣтило поддержку со стороны юристовъ, воспитанныхъ въ школѣ юстиніанова права. Они проводятъ болѣе точную и рѣзкую грань между партикулярными законами, исходившими отъ политическихъ единицъ, дѣйствительно обладавшихъ законодательными фукціями, и актами самоопредѣленія со стороны подчиненныхъ государству союзовъ и лицъ. Терминъ statuta присванвается исключительно этимъ актамъ [2]). Основанія ихъ юридической силы юристы стали искать не въ автономіи издавшаго ихъ союза, учрежденія или лица, а въ авторитетѣ государства. Поскольку ими устанавливались нормы, обязательныя для неопредѣленнаго круга лицъ, юристы объясняли ихъ делегаціею со стороны законодательной власти. Если же они касались только внутреннихъ отношеній, въ нихъ усматривали договорное отношеніе между лицами, входившими въ составъ союза или учрежденія. Въ первомъ случаѣ говорили о statuta legalia, во второмъ—о statuta conventionalia [3]).

При такомъ взглядѣ на статуты самое представленіе объ автономіи постепенно утрачивало свой прежній смыслъ и значеніе. Подъ нею подразумѣвалась не столько способность издавать нормы, дерогирующія въ опредѣленной сферѣ jus commune, сколько просторъ, оставляемый законодателемъ для самоопредѣленія отдѣльныхъ союзовъ и лицъ въ области права. Дальнѣйшая эволюція института автономіи въ жизни и въ доктринѣ идетъ различными путями въ публичномъ и въ частномъ правѣ. Въ первомъ оно отчасти сохраняетъ значеніе политическаго самоопредѣленія, независимаго отъ центральной власти и даже противъ ея воли, отчасти сливается съ понятіемъ о самоуправленіи въ опредѣленныхъ закономъ рамкахъ; [4]) во второмъ оно постепенно суживается до понятія о част-

---

[1]) Юристъ первой половины 14 вѣка Albericus de Rosciate († 1354), авторъ первой монографіи о статутахъ (de statutis) опредѣленно ставитъ вопросъ: sed quid si statutum civitatis contradicat juri communi an valeat? Отвѣтъ гласитъ: Communis oppinio est, quod sic et hoc servat totus mundus. (Цитируется по Gierke III, стр. 386).

[2]) Однако, слѣды отождествленія статута съ партикулярнымъ закономъ еще сохранились до нашихъ дней въ выраженіяхъ «коллизіи статутовъ, portio statutaria, statuta realia, personalia, mixta» и пр.

[3]) Ср. Glück, Ausf. Erläut. der Pandekten I стр. 509 сл. и литерат., указанную у Гирке, Deut. Privatr. I § 19 N 20.

[4]) Вопросъ о природѣ автономіи, какъ источника публичнаго права ле-

Digitized by Google

ной автономіи. Этимъ терминомъ обозначается нѣчто весьма далекое и отличное отъ автономіи въ первоначальномъ смыслѣ, а именно: способность устанавливать посредствомъ юридическихъ сдѣлокъ обязательныя для ихъ участниковъ правоотношенія, насколько этому не препятствуютъ принудительныя нормы закона.

Идея, что все дѣйствующее право прямо или косвенно обязано своимъ существованіемъ законодательной власти, при послѣдовательномъ ея проведеніи, должна была съ логическою необходимостью привести къ отрицанію автономіи, какъ источника частнаго права, др. сл. къ ея отождествленію съ понятіемъ о частной автономіи. Статуты и вообще всякаго рода правила, исходившія отъ частноправовыхъ союзовъ и другихъ соціальныхъ единицъ и регулировавшія внутренній проядокъ ихъ жизни, по ученію большинства юристовъ 18 вѣка, [1]) черпаютъ свою силу въ санкціи государства, выраженной въ формѣ либо предварительнаго разрѣшенія (концессіи), либо послѣдующаго утвержденія. Статуты и другіе нормативные акты, не санкціонированные ни въ той, ни въ другой формѣ, имѣютъ силу частно-правового договора, обязывающаго только непосредственныхъ участниковъ и ихъ правопреемниковъ, но не создаютъ правоположеній.

Въ итогѣ историческаго развитія понятіе объ автономіи, какъ правосозидающей силѣ, оказалось изгнаннымъ изъ частнаго права. Къ началу 19 вѣка сохранились только нѣкоторые практически маловажные историческіе пережитки автономіи въ первоначальномъ смыслѣ, какъ, напр., предоставленное нѣкоторымъ дворянскимъ родамъ и отдѣльнымъ городамъ право издавать нормы, отмѣняющія для опредѣленнаго круга лицъ и отношеній общіе законы. Эти нормы могли касаться вопросовъ гражданскаго права, напр., порядка наслѣдованія. За этими исключеніями цивилисты подразумѣвали подъ автономіею всегда частную автономію въ указанномъ выше смыслѣ. Такое суженіе этого понятія встрѣтило въ юридической литературѣ различную оцѣнку. Противъ него рѣшительно высказались корифеи исторической школы—Пухта и Саввинъ. [2]) «Насколько, говоря объ автономіи, не имѣютъ въ виду созданія номоса, дѣйствительнаго правоположенія, такое обобще-

---

житъ внѣ рамокъ нашего изслѣдованія .См. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht стр. 76 сл., Лазаревскаго, автономія (1906).

[3]) См. литературу у Beseler,a, System § 27 № 8, Gierke, Genossenschaftsrecht I, стр. 708. Особенно настойчиво и подробно развивалъ это положеніе I. H. Böhmer, De natura statutorum (1721) и Exerc. ad pand, I, ex XV, cap. II § 15.

[2]) Puchta, Gewohnheitsrecht I, стр. 158, II, стр. 107. Savigny, System VIII стр. 112 сл. Ср. также Beseler ук. соч. § 26.

Digitized by Google

ніе, говоритъ Пухта, [2]) подрываетъ въ корнѣ самое понятіе о ней». Однако, регулярными источниками права, по его ученію, являются только народное убѣжденіе, законодательство и наука, въ основаніи же автономнаго акта лежитъ «частноправовое соглашеніе, способное, по общему правилу, порождать только правоотношеніе, но не правоположеніе». Это противорѣчіе Пухта пытается устранить ссылкою на то, что «въ Германіи договоры вышли изъ своихъ границъ. Имъ тамъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ приписывается эффектъ, не соотвѣтствующій ихъ истинной природѣ». Эта особенность германскаго права составляетъ пережитокъ той эпохи, когда «германцы знали только право, ими самими положенное». Такимъ образомъ то, наблюдаемое у всѣхъ народовъ и въ разныя эпохи явленіе, что отдѣльныя соціальныя соединенія автономно создаютъ посредствомъ нормативныхъ соглашеній свой правопорядокъ, сами творятъ право, коему они подчиняются, въ глазахъ Пухта не болѣе какъ особенность германскаго права, какъ пережитокъ эпохи «отсутствія твердаго государственнаго строя».

Пухта, хотя съ указанными оговорками, все-таки признаетъ автономію источникомъ права, и въ этомъ его безспорная заслуга. Его авторитетъ содѣйствовалъ тому, что попытки принципіальнаго отрицанія правосозидательной силы автономіи въ гражданскомъ правѣ успѣха не имѣли. Наиболѣе обстоятельное обоснованіе такого отрицательнаго взгляда мы находимъ у германиста Гербера. [2]) Средневѣковому праву,—учитъ онъ,—не было свойственно стремленіе къ формулированію правоположеній. Право таилось въ этическомъ сознаніи людей и получало свое внѣшнее выраженіе преимущественно въ отдѣльныхъ актахъ. Этимъ объясняется огромное значеніе письменнаго документа (Urkunde), служившаго въ ту эпоху «не только доказательствомъ, но часто единственнымъ lex для даннаго отношенія». Положеніе вещей кореннымъ образомъ измѣнилось послѣ рецепціи римскаго права съ его обиліемъ вполнѣ опредѣлившихся (abgeklärter) и готовыхъ правоположеній по всѣмъ вопросамъ правовой жизни. «Она повела къ устраненію древней формы правообразованія. Для всякой мыслимой сдѣлки было заранѣе пріуготовлено правило, по которому могли обсуждать ея содержаніе. Уже не форма, не документъ признавались юридически наиболѣе важными, а самое содержаніе стало юридическимъ, такъ какъ оно теперь разсматривалось какъ проявленіе всесторонне

[1]) Указ. соч. I стр. 144 сл.

[2]) Gerber, Ueber den Begriff der Autonomie въ Arch f. d. civ. Praxis т. 37 (1854).

Digitized by Google

опредѣленнаго правового института, способнаго служить ему надежною опорою» (стр. 42). Лишь единичные круги и области права не были затронуты совершившимся въ теченіе 14 и 15 вѣковъ «формулированіемъ права» Подвергшись этому процессу объективированія, право, по мнѣнію Гербера, «образуетъ въ сознаніи юристовъ систему, т. е. совокупность и взаимно дополняющихъ и опредѣляющихъ положеній. Такая система оказываетъ своеобразное вліяніе на право; она всегда стремится подчинять всѣ предметы въ данной области своей логической силѣ. Гдѣ это оказывается невозможнымъ она становится во враждебную оппозицію и, въ крайнемъ случаѣ, допускаетъ наличность аномаліи и исключительнаго состоянія».

Такую именно «враждебную оппозицію» Герберъ проявляетъ къ автономіи и, въ частности, къ автономнымъ актамъ или, какъ онъ ихъ называетъ, «распоряженіямъ» дворянскихъ семей и частныхъ союзовъ. Эти «сохранившія привольный характеръ древняго права» распоряженія юристы склонны считать не сдѣлками, а законодательными актами. Нѣкоторую опору эта мысль находитъ въ томъ, что «ихъ дѣйствію не ставится точный предѣлъ относительно времени и лицъ; ими обязывается неопредѣленное количество будущихъ субъектовъ и это придастъ имъ внѣшнюю видимость дѣйствія закона». Однако рѣшающее значеніе для юридическаго характера этихъ «распоряженій», по мнѣнію Гербера, имѣетъ не это ихъ свойство, а то, что «ими создаются не правоположенія, а правоотношенія», опирающіяся на какой-нибудь юридическій институтъ. Слѣдовательно нельзя видѣть въ нихъ источника права.

«Еще менѣе,—говоритъ Герберъ,—можетъ быть рѣчь о правотворческой силѣ союзовъ и товариществъ. Всякое корпоративное соединеніе нуждается въ извѣстномъ распорядкѣ (Anordnung) для осуществленія дарованной ему правовой личности Этотъ распорядокъ бываетъ болѣе или менѣе сложнымъ; иногда ради него создается обширная организація съ богатымъ развѣтвленіемъ на различныя отрасли управленія. При самомъ учрежденіи или впослѣдствіи постановленіями управомоченныхъ органовъ опредѣляется, какимъ образомъ будутъ замѣщаться должности, черезъ которыя союзъ долженъ дѣйствовать, каковы условія поступленія въ члены, распредѣленіе выгодъ и обремененій..... Но всѣ эти распоряженія отнюдь не являются актами правосозиданія, а только юридическими сдѣлками. Правда, и имъ свойственна та особенность, что ихъ дѣйствіе не исчерпывается какимъ-нибудь единымъ кратковременнымъ результатомъ, а разсчитано на неопредѣленное будущее и

Digitized by Google

неопредѣленное число субъектовъ, вступающихъ въ данное правоотношеніе. Но это не мѣняетъ ихъ характера, какъ юридическихъ сдѣлокъ, ибо и тутъ только осуществляется кроющійся въ самомъ институтѣ моментъ. Не мѣняетъ его и то обстоятельство, что такія распоряженія часто совершаются по большинству голосовъ, ибо соединеніе лицъ можетъ, оставаясь въ предѣлахъ договорнаго соглашенія, заранѣе подчиниться большинству, какъ органу ихъ воли въ точно ограниченной сферѣ (стр. 60)».

Въ конечномъ итогѣ Герберъ приходитъ къ заключенію, что «идея автономіи въ смыслѣ самозаконодательства въ современномъ правѣ совершенно недопустима (durchaus unhaltbar)». Такъ наз. статуты (уставы) корпорацій и обществъ не что иное, какъ «систематическое сочетаніе множества весьма различныхъ юридическихъ волеизъявленій относительно сложнаго правоотношенія» (стр. 61).

Изложенное ученіе построено на рядѣ апріорныхъ сужденій, которыхъ отнюдь нельзя считать безспорными и не нуждающимися въ доказательствахъ. Въ дѣйствующемъ правѣ Герберъ видитъ логически законченную систему положеній и институтовъ. Всякое правовое явленіе должно опираться на одномъ изъ «заранѣе пріуготовленныхъ» институтовъ; въ противномъ случаѣ оно составляетъ аномалію и должно вызывать оппозицію юристовъ. Автономныя «распоряженія» не что иное, какъ юридическія сдѣлки, порождающія сложный комплексъ индивидуальныхъ правоотношеній, хотя какъ Герберъ признаетъ, ихъ дѣйствіе «разсчитано на неопредѣленное будущее и неопредѣленный кругъ лицъ» и они часто совершаются по большинству голосовъ. Ихъ обязательность для меньшинства покоится на фикціи предварительнаго признанія имъ большинства «органомъ ихъ воли» и т. д.

Всѣ эти апріорныя положенія показались даже современникамъ Гербера мало убѣдительными. Его призывъ «расчленить каждый встрѣчающійся въ гражданскомъ оборотѣ законоподобный коллективный актъ» на «множество индивидуальныхъ волеизъявленій» не имѣлъ успѣха. Блестящій критическій разборъ его ученія Маурером[1]) раскрылъ его генетическую связь съ «централистическимъ и деспотическимъ духомъ позднѣйшаго римскаго и каноническаго права» и съ «привычкою юристовъ прежнихъ вѣковъ разсматривать всякое право, кромѣ писаннаго имперскаго и папскаго, какъ аномальное (abnorm)». Начиная съ глоссаторовъ,—говоритъ Маурер,—

[1]) въ Kritische Ueberschau т. II (1855) стр. 229 сл. Ср. также Jolly въ Krit. Ueberschau т. VI стр. 330 сл.

Digitized by Google

юристы «утрачивали способность понимать какую-либо правовую эволюцію, кромѣ той, которая дѣлалась сверху». Они не отвергали существованія автономныхъ правъ, но объясняли ихъ концессіею со стороны верховнаго законодателя и вмѣстѣ съ тѣмъ выводили силу всѣхъ статутовъ изъ высшаго источника,—«государственнаго законодательства». Однако, этимъ «теоріямъ» не удалось совершенно вытѣснить «статутарныя нормы и нормы обычнаго права», образовавшіяся безъ участія государства и дѣйствовавшія въ строго ограниченной сферѣ. Утержденіе государственной власти нерѣдко испрашивались и раньше, но не «ради санкціи статута, а лишь въ знакъ того, что прерогативы государя не нарушены».

По мнѣнію Маурера автономія въ такой санкціи и не нуждается. «Какъ правомочіе каждаго индивида регулировать собственныя правоотношенія по своему усмотрѣнію вытекаетъ изъ его свободы, такъ правомочіе публичныхъ соединеній произвольно регулировать свои— изъ ихъ свободы. Предѣлъ этой свободы опредѣляется въ первомъ случаѣ правомъ вообще, во второмъ—правомъ высшихъ союзовъ (übergeordnete Vereine), и, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ обоихъ случаяхъ пріобрѣтенными правами другихъ индивидовъ и союзовъ. То, что свобода правового самоопредѣленія индивида проявляется въ установленіи субъективныхъ правомочій, а свобода публичныхъ соединеній, сверхъ того, въ установленіи нормъ объективнаго права, имѣетъ своимъ необ одимымъ основаніемъ различное положеніе тѣхъ и другихъ (стр. 244).

Для современнаго права,—продолжаетъ Мауреръ,—понятіе объ автономіи имѣетъ большое практическое значеніе, несмотря на то, что случаи «самозаконодательствованія» въ средневѣковомъ смыслѣ составляютъ относительно рѣдкое явленіе. «Нельзя закрывать глаза на то, что въ противоположность къ централизующимъ тенденціямъ недавняго прошлаго нынѣ обнаруживается настоятельная потребность въ болѣе свободномъ самоопредѣленіи». И наука должна идти и идетъ навстрѣчу этой потребности. «Новѣйшая теорія... имѣетъ своею отправною точкою расчлененіе государства на рядъ мелкихъ и обширныхъ органическихъ соединеній, которыя не обязаны своимъ существованіемъ государству и внутри которыхъ стоятъ отдѣльные подданные, какъ частныя лица. Она разсматриваетъ свободу движенія и право на свободное регулированіе своихъ собственныхъ дѣлъ какъ естественное право не только отдѣльныхъ людей, но также стоящихъ надъ ними соединеній (Gesammtheiten). Съ другой стороны, она признаетъ, что тутъ и тамъ правопорядкомъ



Digitized by Google

вообще и правомъ выше стоящихъ союзовъ въ отдѣльности этой естественной свободѣ ставятся опредѣленныя границы, и что, кромѣ того, свобода каждаго соединенія ограничивается соотвѣтствующею ея природѣ цѣлью. Эта теорія, наконецъ, вполнѣ уяснила себѣ, что правовая свобода частнаго лица можетъ проявляться только въ установленіи субъективныхъ правъ, а свобода соединеній также въ самоуправленіи и самозаконодательствованіи. Отъ механической централизаціи правовой жизни, какъ теоретическаго постулата законодательства, новѣйшая наука отказалась» (стр. 268).

Въ подтвержденіе этой лестной аттестаціи, данной «новѣйшей наукѣ», Мауреръ, однако, могъ сослаться на одного только Вильда, высказавшаго (въ юридическомъ словарѣ Вейске) взглядъ на автономію весьма близкій къ тому, который Мауреръ называетъ «новѣйшей теоріею». Автономія, по ученію Вильда, не составляетъ особенности германскихъ народностей или средневѣкового права; она встрѣчается у всѣхъ народовъ и во всѣ эпохи. Въ ней проявляется по отношенію къ государству индивидуальная воля либо отдѣльныхъ лицъ, либо соединеній. Но индивидъ, насколько ему не дана власть надъ другими людьми, можетъ диктовать свою волю только самому себѣ. Соединеніе же, по необходимости, диктуетъ свою волю также лицамъ, входящимъ въ его составъ или подчинившимся ему. Автономія соединеній составляетъ нѣчто по существу отличное отъ частной автономіи. Въ ней проявляется воля, отличная отъ воли отдѣльныхъ индивидовъ. Ея постановленіямъ послѣдніе подчиняются какъ нормамъ ихъ поведенія, какъ правовымъ положеніямъ». Отдѣльныя лица регулируютъ посредствомъ соглашеній или односторонихъ волеизъявленій свои взаимоотношенія. «Правовыя положенія исходятъ только отъ соединенія, какъ такового. Ихъ возникновеніе предполагаетъ духовное и внѣшнее объединеніе индивидовъ, какъ бы поглотившее ихъ индивидуальности. Когда они сносятся другъ съ другомъ какъ отдѣльныя лица, хотя и проживающія въ одномъ государствѣ,—особенно въ гражданскомъ оборотѣ,—отъ нихъ не исходитъ объективное право» (стр. 547).

Ученіе Вильда и Маурера содержитъ два чрезвычайно цѣнныхъ указанія: 1) автономія, проявляющаяся въ установленіи индивидуальныхъ правоотношеній, не тождественна съ автономіею, въ смыслѣ способности издавать правовыя положенія, и 2) послѣдняя имѣетъ своимъ основаніемъ свободу самоопредѣленія въ области права, свойственную не только индивидамъ, но также соціальнымъ соединеніямъ. Къ сожалѣнію юристы второй половины 19 вѣка не пошли по пути, предначертанному Маурером, и не оправдали харак-

Digitized by Google

теристики данной имъ «новѣйшей наукѣ». Правда, мы уже болѣе не встрѣчаемъ полнаго отрицанія элемента правообразованія въ автономныхъ актахъ[1]). Ригоризмъ Гербера не нашелъ послѣдователей. Но многіе видные цивилисты совершенно отказываются признавать ихъ источникомъ объективнаго права, когда они исходятъ отъ частноправовыхъ союзовъ [2]). Эти союзы не могутъ «законодательствовать». Лишь нѣкоторые публичноправовые союзы надѣлены автономіею, составляющею, по опредѣленію Штоббе [3]), подчиненную категорію законодательства». Другіе ученые допускаютъ автономное правотворчество какъ публичныхъ, такъ и частныхъ союзовъ. Но, разрѣшая вопросъ объ основаніи обязательности автономныхъ нормъ на почвѣ дѣйствующаго права, они объясняютъ ее санкціею или делегаціею со стороны государственной власти [4]) или же тѣмъ, что эти нормы исходятъ отъ признаннаго государствомъ союза, надѣленнаго юридическою личностью. Сообразно съ этимъ способность къ автономному правотворчеству въ области частнаго права приписывается ими только корпораціямъ [5]).

Какъ видно изъ нашего бѣглаго обзора, догматическая исторія вопроса объ автономіи и его положеніе въ современной цивилистической наукѣ представляютъ довольно безотрадную картину. Мы не находимъ въ ней и слѣда того единодушнаго признанія «естественнаго права союзовъ на свободное урегулированіе своихъ дѣлъ», о которомъ говорилъ Мауреръ. Въ автономіи одни усматриваютъ особую категорію законодательства, составляющую пережитокъ

[1]) См. статьи Brunner'a s. v. Autonomie въ Holtzendorfs Rechtslexicon и Gierke s. v. Corporation тамъ-же, его-же статью въ Zeit. f. priv. и öff. Recht т. V, учебники Stobbe, Windscheid, Regelsberger, Gierke и др., а также Pfaff und Hofmann, Commentar, стр. 251 сл.

[2]) См., напр., Böhlau, Meklenb. Landrecht I, стр. 125, Kohler Lehrbuch § 31 стр. 105. Crome System I стр. 90. Утвержденіе г. В. В. въ Новомъ энц. слов. Брокгауза и Ефрона (I, стр. 324), что «изъ современной теоріи права автономія, какъ источникъ права въ области гражданско-правовыхъ отношеній, большинствомъ юристовъ исключается», слишкомъ категорично.

[3]) Указ. соч. стр. 144. Ср. Reiss ук. соч. стр. 10: «Autonomie ist die bestimmten kleinen Kreisen von Unterthanen im Staate zustehende Gewalt sich selbst Gesetze zu geben, die den Landesgesetzen derogieren», Thöl, Einleitung стр. 129.

[4]) См. Rosin, Recht der öff. Genossenschaft § 10 и 14, Pfaff und Hofmann: «sie (статуты) strahlen als Rechtsnormen nur in erborgtem Licht, so dass trotz ihrer Geltung wahr bleibt, dass nur die staatliche Gesetzgebung Entstehungsgrund des materiellen Privatrechts ist», Jhering. Zweck im Recht I стр. 320: «Autonomie... besteht nicht aus eigener Kraft, sondern durch Ableitung von seiten des Staates».

[5]) Ср. Regelsberger, Pandekten, стр. 106. По словамъ Безелера (ук. соч. стр. 101) «корпорація управомочена автономно регулировать свои дѣла... Это правомочіе само собою вытекаетъ изъ понятія о корпораціи, какъ юридическомъ лицѣ».



Digitized by Google

прошлыхъ вѣковъ, другіе—косвенное проявленіе государственной власти. Попытки Вильда и Маурера изучать и понимать ее какъ реальное явленіе правовой жизни и самостоятельную правотворческую силу, дѣйствующую независимо отъ ея признанія государствомъ, остались одинокими и не получили дальнѣйшаго развитія.

Для уясненія сущности и значенія автономіи въ современномъ правѣ, необходимо, прежде всего, отрѣшиться отъ мысли, что весь дѣйствующій въ каждый данный моментъ правопорядокъ создается прямо или консвенно государственною властью. «Государственно-организаціонное» понятіе о правѣ не исчерпываетъ всего дѣйствующаго права и не тождественно съ нимъ. Въ области частнаго права государство, въ лицѣ законодателя, не можетъ не считаться съ необходимостью предоставить лицамъ, способнымъ къ самоопредѣленію, свободный выборъ правовыхъ средствъ, соотвѣтствующихъ ихъ интересамъ и цѣлямъ, и широкую свободу правовой организаціи подвластной имъ сферы. Тутъ всякое вмѣшательство госрдарства, ставящее предѣлы творческому участію личности въ оборотѣ, нуждается въ разумномъ основаніи и оправданіи. Такимъ оправданіемъ можетъ только служить правильно понятый общій интересъ или благо самой личности. Просторъ, оставляемый объективнымъ правопорядкомъ для самоопредѣленія отдѣльныхъ индивидовъ въ области права, восполняется путемъ автономнаго проявленія ихъ воли въ подвластной имъ сферѣ.

Передъ нами, такимъ образомъ, опредѣленный соціологическій фактъ: правосозидательное проявленіе частной воли физическихъ и соціальныхъ индивидовъ въ подвластной имъ области. Какъ же относится къ нему положительное право? Насколько они не выходятъ изъ границъ, установленныхъ общимъ правопорядкомъ, автономно созданныя правоотношенія и правовыя положенія лишь охраняются государствомъ отъ нарушенія, наравнѣ съ отношеніями и положеніями, возникающими непосредственно въ силу его велѣній.

Проявленіе частной воли въ правовой жизни происходитъ въ двухъ существенно различныхъ формахъ. Въ формѣ частной автономіи она, по общему правилу, создаетъ конкретныя правоотношенія между лицами, участвующими въ ихъ установленіи, и исчерпывается въ этомъ конститутивномъ эффектѣ. Хотя и съ такими актами автономной воли связывается въ индивидуальномъ сознаніи представленіе о нормѣ, опредѣляющей должное поведеніе людей, но въ технически-юридическомъ смыслѣ они нормативнаго эффекта не

Digitized by Google

имѣютъ. Они не исходятъ отъ власти, стоящей надъ тѣми, кто обязанъ имъ подчиняться; они никого не обязываютъ и не надѣляютъ правами, кромѣ авторовъ волеизъявленія и ихъ правопреемниковъ.

Совершенно другой характеръ имѣютъ автономные акты, выходящіе изъ рамокъ обыкновеннаго участія въ оборотѣ и касающіеся внутренняго строя соціальныхъ образованій. Люди очень часто для осуществленія своихъ задачъ—хозяйственныхъ, общественныхъ, научныхъ и другихъ—прибѣгаютъ къ длительному, планомѣрному сотрудничеству съ другими людьми, принимающему подчасъ весьма сложныя формы. Такимъ путемъ возникаютъ новыя частноправовыя соединенія. Планомѣрное сотрудничество значительнаго количества людей предполагаетъ существованіе постоянной организаціи и опредѣленнаго внутренняго порядка, приноровленнаго къ нуждамъ и цѣлямъ этого соединенія. Этотъ порядокъ долженъ соблюдаться, другими словами, онъ имѣетъ обязательный характеръ, составляя правопорядокъ даннаго соціальнаго образованія. Между тѣмъ мы видимъ, что законодатель обыкновенно принимаетъ лишь незначительное непосредственное участіе въ его созданіи, открывая и тутъ широкій просторъ для самоопредѣленія или ограничиваясь установленіемъ нѣкотораго контроля со стороны органовъ государства надъ автономно созданнымъ внутреннимъ порядкомъ. Эта форма правового самоопредѣленія, удачно названная Оттономъ Гирке соціальною автономіею, съ внѣшней стороны мало отличается отъ разсмотрѣнной нами выше частной автономіи. Она также проявляется въ частныхъ волеизъявленіяхъ (сдѣлкахъ), должна держаться въ общихъ рамкахъ правопорядка, не имѣетъ дерогаторной силы и ограждается государствомъ постольку, поскольку ею не нарушаются общіе интересы и права частныхъ лицъ. Но, по существу, между ними глубокая и коренная разница.[1]) Акты соціальной автономіи исходятъ отъ (едино-

[1]) Эта разница часто стушевывается по отношенію къ авторитарно организованнымъ соединеніемъ (особенно хозяйственнымъ предпріятіямъ). Это объясняется 1) тѣмъ, что въ нашемъ правосознаніи понятія о власти, какъ субъективномъ правѣ и какъ соціальномъ служеніи, еще не достаточно дифференцированны (ср. нашу статью въ Юрид. Вѣстн. кн. III: проблема власти), и 2) что нерѣдко собственникъ въ подвластной ему индвидуаивной сферѣ также устанавливаетъ извѣстный «порядокъ», обязательный для другихъ лицъ, напр. для жильцовъ дома, посѣтителей парка, и т. п. Но такими актами онъ только опредѣляетъ предѣлы и условія пользованія другими людьми его вещью. Тутъ нѣтъ соціальной сферы, нѣтъ организованнаго сотрудничества людей для котораго необходимъ извѣстный обязательный порядокъ. (Ср. Юр. Вѣстн. IX стр. 160 сл.).

Digitized by Google

личнаго или коллективнаго) носителя власти въ опредѣленной соціальной сферѣ и устанавливаютъ не конкретныя и индивидуальныя правоотношенія, а отвлеченный правопорядокъ, диктуемый индивидуально неопредѣленному кругу лицъ, причастныхъ къ этой сферѣ. Этимъ актамъ, такимъ образомъ, присущи всѣ атрибуты нормъ объективнаго права. Соціальная автономія фактически составляетъ въ современной жизни одну изъ реальныхъ правосозидательныхъ силъ, дѣйствующую въ извѣстной, точно очерченной сферѣ самостоятельно, наряду съ признанными источниками офиціальнаго права.

По своей юридической природѣ она не можетъ быть квалифицирована ни какъ «подчиненная форма законодательства», ни какъ правомочіе, делегированное государствомъ опредѣленнымъ союзамъ или частнымъ лицамъ, ни, наконецъ, какъ способность корпорацій, которою государство надѣляетъ ихъ вмѣстѣ съ юридическою личностью. Ни одна ихъ этихъ конструкцій не согласуется съ характеромъ и значеніемъ соціальной автономіи, какъ реальнаго правового явленія, Словами «законъ», «законодательные акты», какъ юридическими терминами, обозначаются только акты, исходящіе отъ государственной власти и удовлетворяющіе точно опредѣленнымъ формальнымъ условіямъ. Ихъ примѣненіе къ актамъ, исходящимъ отъ частныхъ лицъ или отъ союзовъ (даже отъ самаго государства) и не удовлетворяющимъ указаннымъ условіямъ, только затемняетъ понятіе о законѣ, точность и ясность котораго имѣютъ огромное практическое значеніе. Выраженіе «частный законъ», которымъ въ наукѣ и практикѣ иногда пользуются для опредѣленія природы нѣкоторыхъ автономныхъ актовъ, содержитъ явную contradictio in adjecto. Законъ не можетъ быть «частнымъ», онъ сохраняетъ характеръ публичноправового акта даже въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда имъ устанавливается индивидуальная норма (привилегія), касающаяся опредѣленнаго лица.

Объясненіе правотворческой силы автономіи делегаціею со стороны государственной власти не болѣе какъ фикція. Рѣчь могла бы итти только о делегаціи законодательной власти, а таковой мы въ оовременныхъ государствахъ по отношенію къ частнымъ лицамъ нигдѣ не наблюдаемъ. Оставляя просторъ для правового самоопредѣленія или обусловливая силу автономныхъ актовъ административнымъ утвержденіемъ, законодатель отнюдь не поступается какою-либо изъ своихъ прерогативъ въ чью бы то ни было пользу. Мысль, что, напр., хозяинъ предпріятія, издавая правила внутренняго распорядка, исполняетъ государственную функцію,

Digitized by Google

страдаетъ явною искусственностью. Это не осуществленіе делегированной ему законодательной власти, а форма правового самоопредѣленія, терпимаго и охряняемаго государствомъ. Кромѣ того, делегація всегда совершается опредѣленнымъ лицамъ, но нельзя безъ натяжки объяснить ею способность всякаго организованнаго соціальнаго образованія создавать необходимый ей внутренній порядокъ.

Нѣтъ, наконецъ, никакихъ основаній приписывать соціальную автономію, какъ это дѣлаетъ господствующее мнѣніе, однимъ только юридическимъ лицамъ. Между свойствомъ юридическаго лица и существованіемъ частнаго правопорядка нѣтъ никакой логической связи. Это доказывается уже тѣмъ, что существованіе обязательнаго или «должнаго порядка» предполагается законодателемъ во всякомъ промышленномъ предпріятіи, независимо отъ того, стоитъ ли во главѣ его физическій или юридическій субъектъ. [1]) Вездѣ, гдѣ такой порядокъ предполагается онъ можетъ устанавливаться, —съ соблюденіемъ условій и предѣловъ, указанныхъ закономъ —автономными актами. Есть, правда, отдѣльные виды такихъ актовъ, встрѣчающіеся только въ корпоративныхъ (союзныхъ) образованіяхъ, какъ, напр., уставы. Но это объясняется тѣмъ, что ими опредѣляется, главнымъ образомъ, организація субъекта соціальной единицы, т. е. разрѣшается вопросъ, фактически возникающій только при отсутствіи физическаго субъекта. Потребность же въ установленіи внутренняго порядка совершенно не зависитъ отъ того, стоитъ ли во главѣ данной соціальной единицы физическое или юридическое лицо. Она существуетъ вездѣ, гдѣ достиженіе извѣстной цѣли посредствомъ планомѣрнаго сотрудничества людей неосуществимо безъ постоянныхъ органовъ управленія и безъ обязательнаго, соотвѣтствующаго этой цѣли, порядка.

Мы пришли къ заключенію, что соціальная автономія составляетъ самостоятельную правосозидательную силу. Созданное ею право существенно отличается отъ конкретныхъ индивидуальныхъ правоотношеній, устанавливаемыхъ актами частной автономіи. Критеріемъ, отличающимъ объективный правопорядокъ отъ индивидуальныхъ правоотношеній между лицами, входящими въ составъ даннаго соединенія, служитъ то, что первый устанавливается властью, стоящею надъ этими лицами [2]). Такою властью является всякое организованное соціальное соединеніе, какъ цѣлое, по отно-

---

[1]) Ср. наши Очерки промышленнаго права (Мск. 1916) стр. 26.

[2]) Ср. Oertmann ук. соч. стр. 139: «Objektives Recht schafft nur die Normsetzung durch eine über den Beteiligten stehende übergeordnete Gewalt».

Digitized by Google

шенію къ тѣмъ, кто, вслѣдствіе принудительнаго или добровольнаго подчиненія, обязанъ соблюдать существующій въ немъ порядокъ.

Право, источникомъ котораго является соціальная автономія, составляетъ разновидность объективнаго права, но его не слѣдуетъ отождествлять съ о б щ и м ъ правопорядкомъ. Какъ мы уже указывали, автономныя нормы лишены дерогаторной силы по отношенію къ принудительнымъ и дѣйствуютъ въ сторого ограниченной сферѣ. Ихъ предметъ—внутренній строй опредѣленнаго соціальнаго образованія. Только въ этихъ предѣлахъ они имѣютъ силу и значеніе объективнаго права. Ими создается въ формѣ абстрактныхъ правоположеній не общій, а ч а с т н ы й п р а в о п о р я д о к ъ.

Въ послѣднее время въ литературѣ не разъ указывалось на существованіе особой разновидности объективнаго права, обнимающей нормы, регулирующія внутреннюю жизнь соціальныхъ образованій. Впервые, если мы не ошибаемся, мысль о существованіи подобной юридической категоріи ясно и опредѣленно формулирована въ книгѣ Бера «Der Rechtstaat»: Люди, говоритъ онъ, нуждаются для удовлетворенія своихъ интересовъ въ объединеніи съ другими лицами, при которомъ индивидуальный интересъ поглощается общимъ и, путемъ особой организаціи, индивидуально различное мышленіе и хотѣніе приводятся къ единству. Такіе естественные и произвольные союзы Беръ называетъ Genossenschaften (стр. 20). «Ихъ правовое значеніе отнюдь не исчерпывается участіемъ въ оборотѣ, въ качествѣ правового субъекта (юридическаго лица). Внутри ихъ создается своеобразная правовая сфера, предметъ которой составляютъ права и обязанности ихъ членовъ, к а к ъ т а к о в ы х ъ... Каждый союзъ такимъ образомъ имѣетъ свое особое право, регулирующее его внутреннюю жизнь, можно сказать, свое большее или меньшее jus publicum». Это «союзное право» (Genossenschaftsrecht), когда имъ нормируются типы повторяющихся однородныхъ соединеній, содержится въ общихъ нормахъ закона или обычая, но отдѣльный союзъ можетъ также имѣть свое особое право, касающееся его одного. Относительно его источниковъ Беръ ограничивается указаніемъ, что таковыми могутъ быть автономія и обыкновеніе (Herkommen). Но онъ на этомъ вопросѣ не останавливается.

Болѣе обстоятельно ту же мысль развиваетъ Гирке въ рядѣ изслѣдованій, посвященныхъ союзнымъ образованіямъ. «Сообразно съ двойственною природою человѣка, являющагося одновременно самодовлѣющимъ цѣлымъ и частицею высшаго цѣлаго, право должно развѣтвляться на двѣ отрасли, которыя мы можемъ называть индивидуальнымъ и соціальнымъ правомъ. Къ типу соціальнаго права принадлежатъ государственное и все остальное публичное

Digitized by Google

право, а также отнесенный къ частному праву внутренній порядокъ жизни частныхъ союзовъ. Въ соціальномъ правѣ господствуютъ понятія, не имѣющія образцовъ въ правѣ индивидуальномъ, ибо здѣсь правовыми положеніями нормируется то, что по отношенію къ отдѣльному человѣку предметомъ нормировки быть не можетъ» (ихъ внутренній строй). [1])

Соціальное право имѣетъ двойственный характеръ. Для государства оно представляетъ видъ «своеобразной частноправовой власти». Союзы «пользуются автономіею, создаютъ уставы, составляющіе для данной области объективное право. Но статутарныя нормы въ глазахъ государства—нормы частныя; имъ не присвоены публичноправовыя качества законовъ.... Такимъ образомъ создается общирная область частноправового соціальнаго права, родственнаго—по его внутренней структурѣ—публичному и, въ конечномъ итогѣ, государственному праву, но по его силѣ (nach seiner Geltung) стоящаго на одномъ уровнѣ съ правомъ индивидуальнымъ [2]).

Это нѣсколько расплывчатое построеніе повсюду связывается въ изложеніи Гирке съ корпораціею или частноправовымъ союзомъ. Однако, авторъ опредѣленно указываетъ, что «способностью быть субъектомъ союзной власти надъ отдѣльными членами могутъ также обладать организованные союзы, не надѣленные юридическою личностью». [3])

Однородную съ изложенными, но отличную отъ нихъ по объему юридическую категорію мы находимъ у Нейбекера [4]) подъ названіемъ «права ассоціаціи (Vereinigungsrecht)». Этотъ авторъ признаетъ всякое соединеніе людей для осуществленія общей цѣли, «правовымъ явленіемъ», если ими для данной цѣли создана постоянная организація. Но «право ассоціаціи» понимается имъ очень узко. Онъ опредѣляетъ его какъ «совокупность нормъ, связывающихъ членовъ ассоціаціи въ силу ихъ воли», какъ «gewollte Organisation» (стр. 22). Построеніе Нейбекера такимъ образомъ обнимаетъ только правовыя нормы, созданныя совмѣстными волевыми актами членовъ ассоціаціи.

Французскій ученый Оріу [5]) различаетъ двѣ категоріи нормъ,

---

[1]) Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände (1902) стр. 26.

[2]) Genossenschaftheorie стр. 163 сл.

[3]) Deut. Privatr. I стр. 170.

[4]) Neubecker, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (1908).

[5]) Hauriou, въ Recueil de la Législation de Toulouse за 1905 г. стр. 155 сл., Principes стр. 137 сл.

Digitized by Google

регулирующихъ внутренній строй «учрежденій» (institutions): дисциплинарное и статутарное право. Первое «образуется изъ совокупности юридическихъ актовъ и юридическихъ положеній, исходящихъ отъ установленнаго соціальнаго авторитета. Имъ либо опредѣляются мѣры, принимаемыя противъ отдѣльныхъ индивидовъ, либо создаются соблюдаемыя ими положенія, либо пресѣкаются нежелательныя уклоненія въ ихъ поведеніи,—все это, главнымъ образомъ, въ интересахъ учрежденія и подъ санкціею тѣхъ мѣръ принужденія, которыми оно располагаетъ. Статутарное право также создается самими «учрежденіями». Оно обнимаетъ «какъ статуты, созданные и принятые членами, такъ и постепенно развивавшіеся (въ исторически сложившихся учрежденіяхъ) изъ статутарныхъ обычаевъ. Такъ же какъ дисциплинарное право оно состоитъ изъ юридическихъ положеній и изъ актовъ, устанавливающихъ эти положенія»,

Сюда же можетъ быть отнесено любопытное ученіе будапештскаго профессора Мешлени (Meszleny) [1]) объ «организаціонномъ правѣ», въ смыслѣ совокупности нормъ, «непосредственно регулирующихъ совмѣстную дѣятельность людей (menschliches Zusammenwirken). Оно, по словамъ Мешлени, «господствуетъ безраздѣльно въ тѣхъ отдѣлахъ гражданскаго права, коими непосредственно опредѣляется соціальное положеніе человѣка, какъ члена общества (сословіе, имя, личность), а также его мѣсто въ союзахъ, на которые расчленяется общество (брачное, семейное, трудовое право).

Мы не будемъ входить въ разборъ и оцѣнку этихъ, неисчерпанныхъ нами, попытокъ обнять однимъ понятіемъ и обозначить какимъ-нибудь новымъ терминомъ правовую организацію или правовой строй соціальныхъ образованій. Они свидѣтельствуютъ, что то явленіе, которое мы называемъ «частнымъ правопорядкомъ», въ наукѣ не осталось незамѣченнымъ, но что пока еще не сложились адекватное понятіе и соотвѣтственный общепризнанный терминъ. «Организаціонное право» Мешлени и «соціальное право» Оттона Гирке существенно отличаются, по объему и содержанію, отъ «gewollte Organisation» Нейбекера и отъ «статутарнаго права» Оріу. Тѣмъ не менѣе всѣ изслѣдователи сходятся въ признаніи права, регулирующаго внутреннюю жизнь соціальныхъ образованій, особою категоріею объективнаго права. Ея отличительныя свойства они усматриваютъ 1) въ ограниченіи сферы

[1]) Das Privatrecht als Organisationsrecht въ Zeitzch. f. vergl. Recht т. 30 стр. 438 и сл. Ср. нашу статью въ Юрид. Вѣстн. за 1915 г. кн. IX стр. 166 сл.

Digitized by Google

его примѣненія предѣлами опредѣленныхъ соціальныхъ соединеній (союзовъ, ассоціацій, учрежденій), 2) въ томъ, что оно всецѣло или отчасти создается особыми правотворческими силами (источниками), чуждыми общему правопорядку.

Въ современной хозяйственной жизни первое мѣсто среди источниковъ этого своеобразнаго права безспорно принадлежитъ соціальной автономіи. Въ различныхъ, подчасъ самобытныхъ и неизвѣстныхъ офиціальному праву, формахъ тутъ безпрерывно осуществляется общественное участіе въ процессахъ правотворчества. Слова Б. А. Кистяковскаго: [1]) «каждый гражданинъ долженъ быть духовно дѣятельнымъ въ области права и по-своему творить его» выражаютъ для области частнаго права не одно только пожеланіе, а получаютъ реальное осуществленіе въ разсмотрѣнныхъ нами явленіяхъ правового быта. Подъ покровомъ государственной власти, иногда при участіи ея органовъ, иногда безъ такого участія безчисленныя частноправовыя соединенія, созданныя для опредѣленныхъ хозяйственныхъ или общественныхъ цѣлей, сами творятъ свой внутренній правопорядокъ, обязательный не только для его творцовъ, но также для милліоновъ людей, причастныхъ къ этимъ соединеніямъ или соприкасающихся съ ними. Соціальная автономія служитъ мостомъ между малоподвижнымъ, неизмѣнно отстающимъ отъ жизни, офиціальнымъ правомъ всего народа и потребностью отдѣльныхъ соціальныхъ круговъ индивидовъ въ особыхъ, болѣе подвижныхъ и эластичныхъ формахъ правового общенія. Признаніе автономіи самостоятельною правосозидающею силою составитъ ясный теоретическій и догматическій фундаментъ для разсмотрѣнной нами многочисленной категоріи нормъ, юридическая природа которыхъ не можетъ быть удовлетворительно объяснена ни ссылкою на договорное соглашеніе, ни посредствомъ ихъ уподобленія закону.

*Л. С. Таль.*

---

[1]) Указ. соч. стр. 690.

Digitized by Google

# П. А. Покровскій.

(Некрологъ).

Въ ночь на 19 октября 1916 г., возвратившись изъ театра, внезапно скончался, отъ разрыва сердца, приватъ-доцентъ Петроградскаго университета Петръ Алексѣевичъ Покровскій. Умеръ онъ въ расцвѣтѣ силъ, молодости энергіи. Ничто не предсказывало близкой смерти. Наоборотъ, все какъ-будто говорило о долгой жизни, о многихъ грядущихъ достиженіяхъ, о большомъ и плодотворномъ трудѣ, который еще предстояло осуществить этому молодому талантливому человѣку. Сопровождаемый искренними сожалѣніями своихъ многочисленныхъ молодыхъ друзей и любившихъ его слушателей-студентовъ былъ похороненъ онъ 22 октября на Смоленскомъ кладбищѣ, что́ на Васильевскомъ островѣ, на берегу Балтійскаго моря.

П. А. Покровскій родился 22 августа 1885 г. въ городѣ Самарѣ. Происходилъ онъ изъ мелкой чиновничьей семьи. Въ Самарѣ же онъ получилъ среднее образованіе. Послѣ гимназіи онъ поступилъ на юридическій факультетъ Харьковскаго университета, гдѣ, по окончаніи его, и былъ оставленъ, по представленію проф. Н. И. Палієнко, при университетѣ по каѳедрѣ государственнаго права. Готовясь къ магистрантскому экзамену, онъ въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ работалъ въ качествѣ одного изъ редакторовъ въ мѣстной газетѣ «Южный Край», одновременно сотрудничая и въ журналѣ «Русское Богатство». Выдержавши магистрантскій экзаменъ, онъ рѣшилъ для академической дѣятельности переселиться, со своею молодой женой, въ столицу, куда и прибылъ въ 1913 году. Въ Петроградскомъ университетѣ онъ былъ принятъ съ 1 января 1914 г. въ число приватъ-доцентовъ по каѳедрѣ исторіи философіи права, и въ весеннемъ же семестрѣ 1914 года объявилъ свой первый курсъ «Политическія ученія въ концѣ XVIII и въ XIX вѣкѣ», который продолжалъ и въ слѣдующемъ 1914/5 г.; 1915/6 онъ читалъ курсъ «Эволюція идеи индивидуализма въ политическихъ ученіяхъ XVIII—XIX вѣка», а на 1916/7 имъ былъ

Digitized by Google

объявленъ курсъ «Логическое раскрытіе сущности понятія права»; вмѣстѣ съ тѣмъ имъ велись практическія занятія со студентами по исторіи философіи права. Одновременно съ зачисленіемъ въ число приватъ-доцентовъ Петроградскаго университета, Покровскій поступилъ на службу въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, гдѣ занялъ мѣсто секретаря журнала «Извѣстія Мин. Ин. Дѣлъ». Съ 1914 же года онъ былъ выбранъ въ составъ преподавателей юридическаго факультета Психо-Неврологическаго института, нынѣ Частнаго Петроградскаго университета, гдѣ онъ читалъ курсъ общаго конституціоннаго права. Тотчасъ по вступленіи въ приватъ-доценты Петроградскаго университета, Покровскій занялся работой надъ магистерской диссертаціей о Бентамѣ. Эта работа была напечатана въ теченіи 1915/6 г. въ «Запискахъ Юридическаго Факультета Петроградскаго университета» и представлена авторомъ въ факультетъ,—гдѣ она была встрѣчена чрезвычайно сочувственно,—на соисканіе степени магистра государственнаго права. Покровскій умеръ почти наканунѣ разсмотрѣнія факультетомъ рецензіи на его трудъ. Тотчасъ же по окончаніи работы о Бентамѣ Покровскій занялся собираніемъ матеріаловъ для докторскаго изслѣдованія о М. М. Сперанскомъ. Смерть помѣшала выполненію этой работы, которая, несомнѣнно, была бы и интересной и чрезвычайно своевременной

Пишущему эти строки въ теченіе трехъ лѣтъ пришлось быть въ тѣсномъ общеніи съ П. А. Покровскимъ. За это время я полюбилъ эту горячую, полную энтузіазма и радости жизни, безусловно талантливую натуру. Въ особенности привлекательна была кристальная чистота его сердца, чуждаго какой бы то ни было злости и зависти. Иногда онъ производилъ впечатлѣніе человѣка не отъ міра сего, со своимъ крайнимъ идеализмомъ (если только идеализмъ можетъ быть когда нибудь крайнимъ) и своей чрезмѣрной добротой. Оттого у него было такъ много друзей, и совсѣмъ не было враговъ.

Въ томъ, что Покровскій успѣлъ, за свою короткую жизнь, написать, онъ обнаружилъ, кромѣ значительнаго литературнаго дарованія, вполнѣ опредѣленную научную и философскую физіономію. Онъ остался свободнымъ отъ того плѣненія германской юридической и политической мыслью, въ которомъ, къ сожалѣнію, находилась въ значительной степени наша ученая юридическая и философская литература. Политическое и философское міросозерцаніе его развивалось главнымъ образомъ въ руслѣ французскихъ и англійскихъ теорій, особенно послѣднихъ.

Въ своей очень одушевленной и талантливо написанной работѣ «О государственной власти» Покровскій далъ опытъ монистиче-

Digitized by Google

скаго построенія юридической сущности правового государства. Въ этой конструкціи онъ, высказываясь за необходимость возвращенія къ аристотелевскимъ воззрѣніямъ на право и государство, выступилъ какъ противъ ученій, выводящихъ право изъ государства, такъ и противъ теорій параллелизма права и государственной власти (Дюги). По возрѣніямъ Покровскаго въ основѣ всего лежитъ объективный правопорядокъ. Это объективное право опредѣляетъ всѣ отношенія всѣхъ участниковъ правопорядка. Внѣ объективнаго права нѣтъ и не можетъ быть никакой власти въ правовомъ государствѣ. Всякая сила всякаго носителя власти есть сила правовая, и только правовая. У государства (т. е., по воззрѣнію Покровскаго, у совокупности ограниченныхъ компетенціей органовъ и системы правовыхъ отношеній) нѣтъ какой-либо особой государственной власти. Примѣненіе же государственными органами силы, вопреки объективнаго права, есть съ юридической точки зрѣнія преступленіе, какъ и всякое другое. Изъ того, что министръ можетъ легче нарушить права управляемыхъ, чѣмъ кто-нибудь иной, нельзя дѣлать вывода о какой-то особой внѣ-правовой государственной власти. какъ изъ того факта, что кассиръ можетъ легче всѣхъ другихъ ограбить кассу, абсурдно было бы дѣлать выводъ, что фактъ этой кражи вытекаетъ изъ власти кассира. Нельзя говорить и о какой бы то ни было особой личности государства. Нѣтъ какой-то абстрактной, неосязаемой единой государственной власти, а имѣются лишь правовыя полномочія отдѣльныхъ носителей власти, объединенныхъ происхожденіемъ изъ одного правопорядка. Нѣтъ, напр., русской государственной власти, взятой, какъ недѣлимое цѣлое, а есть лишь власти Императора, Государственной Думы и Государственнаго Совѣта и пр., разграниченныя на основаніи объективнаго права.

Такъ же рѣшительно возсталъ Покровскій и противъ формально-юридическаго метода, настойчиво защищаемаго нѣмецкими юристами для догматики государственнаго права. Въ тонкомъ и остроумномъ этюдѣ объ этомъ методѣ, приложенномъ Покровскимъ къ его изслѣдованію о Бентамѣ, онъ на рядѣ примѣровъ не безъ успѣха показываетъ полную тщету этихъ юристовъ свести къ единому юридическому принципу учрежденія, исходящія въ силу историческихъ условій изъ непримиримыхъ началъ. Особенно примѣчателенъ его тонко-ироническій анализъ, которымъ онъ доказываетъ невозможность юридическаго примиренія современнаго правового конституціоннаго государства, гдѣ всѣ органы власти подзаконны, и монархическаго принципа съ его наслѣдственностью власти монарха и ея безотвѣтственностью, являющимися истори-

Digitized by Google

ческимъ пережиткомъ той эпохи, когда монархъ былъ наслѣдственнымъ собственникомъ государства, стоявшимъ надъ правопорядкомъ и бывшимъ потому безотвѣтственнымъ.

Именно убѣжденіе въ невозможности чисто юридическаго разрѣшенія очень многихъ политическихъ проблемъ государственной жизни и вызвало у Покровскаго особенную склонность къ соціологическому, т. е, психологическому и экономическому, разсмотрѣнію публично-правовыхъ проблемъ. Въ соціологическомъ разрѣшеніи политическихъ и юридическихъ проблемъ Покровскій былъ убѣжденнымъ бентамистомъ, т. е. сторонникомъ радикальной и универсальной реформы права съ точки зрѣнія идеи общей пользы. Его книга о Бентамѣ несомнѣнно одна изъ лучшихъ работъ по этому вопросу, кстати заполнившая полный пробѣлъ въ нашей литературѣ. Всю ее проникаетъ большое одушевленіе, не слишкомъ часто свойственное изслѣдованіямъ на ученую степень. Фигура Бентама возсоздана очень живо, и его система представлена въ классически ясныхъ и простыхъ очертаніяхъ. Неудивительно, что книга эта прекрасно была принята читающей публикой и въ три мѣсяца цѣликомъ разошлась.

Здѣсь не мѣсто подвергать воззрѣнія Покровскаго критикѣ съ нашей личной точки зрѣнія. Не во всемъ намъ приходилось сходиться съ Покровскимъ, но намъ всегда было очевидно, что въ его лицѣ юридическая наука имѣетъ большой литературный талантъ, и что отъ него можно ждать еще очень многаго. Внезапная, ничѣмъ не вызванная и болѣе чѣмъ когда-либо безсмысленная смерть вырвала его изъ этого міра, какъ весенняя буря ломаетъ иногда могучія и полныя жизни деревья. Предъ такимъ, такъ вдругъ разбившимся существованіемъ какъто невольно рождается сомнѣніе во всеобщей цѣлесообразности и гармоничности міра, въ которыя мы должны между тѣмъ вѣрить, чтобы жить и дѣйствовать.

Къ этой краткой замѣткѣ прилагаемъ списокъ извѣстныхъ намъ трудовъ Покровскаго.

Сочиненія юридическаго характера:

1) Правовое значеніе Совѣта Министровъ (въ Юрид. Зап. Демид. Лицея, 1910, № 2);

2) Свобода слова въ русскихъ законодательныхъ учрежденіяхъ (Рус. Бог. 1912, № 11);

3) Политическая доктрина Ж. Ж. Руссо въ связи съ общими принципами его ученія (Юрид. Зап. Дем. Лиц. 1912. №3, 332—355, № 4, 546—566);

Digitized by Google

4) Политическая докторина Ж. Ж. Руссо и современная намъ политическая дѣйствительность (Юрид. Зап. Дем. Лиц. 1913, № 3, 360—404);

5) Къ вопросу о субъектахъ международнаго права (Изв. Мин. Ин. Дѣлъ, 1912, № 6, 32 стр.);

6) О преемственности работъ законодательныхъ учрежденій и объ ея логическомъ предѣлѣ (къ вопросу о дисконтинуитетѣ) (Право, 1913, № 38);

7) Рецензія на книгу А. А. Жилина «Союзное государство» (Изв. М. Ин. Дѣлъ, 1913, № 1, 173—180);

8) Рецензія на книгу А. С. Ященко «Теорія федерализма» «Изв. М. Ин. Д., 1913, № 4, 12 стр.);

9) Рецензія на книгу Гроша «Принужденіе въ межд. правѣ (по-нѣмецки) (Изв. М. Ин. Д., 1913, № 3, 222—224);

10) Рецензія на книгу С. А. Корфа «Автономныя колоніи Великобританіи» (Изв. М. Ин. Д., 1914, № 3, 168—173);

11) О государственной власти. Опытъ монистической конструкціи юридической сущности правового государства. Ярославль. 1914 (62 стр.) (Юрид. Зап. Дем. Лиц., 1914, № 3/4);

12) Рецензія на книгу С. А. Котляревскаго «Власть и право» (Право, 1916, № 5).

13) Формально-юридическій методъ въ практической реализаціи его сторонниками метода (Прил. I къ книгѣ «Бентамъ и его время» II. 1916, стр. 647—660.

14) Бентамъ и его время. II, 1916 (XV+688 стр.) (Записки Юридич. Факультета Петроградскаго университета, вып. III)

По вопросамъ соціальнымъ и политическимъ намъ извѣстна лишь нѣкоторая часть статей Покровскаго.

Въ «Русскомъ Богатствѣ» и въ «Русскихъ Запискахъ»:

1) Къ вопросу объ интернаціональномъ характерѣ рабочаго движенія и интересовъ рабочаго класса;

2) Какъ живетъ донецкій шахтеръ (1913, № 12, 241—261);

3) Законодательство о стачкахъ въ Австраліи (1914, № 8, 131—155);

4) Томасъ Спенсъ (1915, №11, 193—201).

Въ «Вѣстникѣ Европы»:

5) Къ вопросу объ университетскомъ преподаваніи 1913, № 8, 167—192);

6) Система выжиманія пота и борьба съ нею (1914, № 8, 179—207).

Digitized by Google

Въ «Русской Мысли»:

7) Политическій кризисъ австралійской федераціи (1913).

«Въ Изв. Мин. Ин. Дѣлъ»:

Рядъ рецензій на книги по соціальнымъ и политическимъ вопросамъ (1914, № 1, 194—5; № 6, 249—253; 1915, № 2, 263—7; № 5, 215—7; № 6, 291—4).

Кромѣ того Покровскимъ было много помѣщено статей и бѣллетристическихъ разсказовъ въ различныхъ другихъ періодическихъ изданіяхъ.

*А. Ященко.*

---



Digitized by Google

# Юридическое Обозрѣніе.

## ORGANISATION CENTRALE POUR UNE PAIX DURABLE.

Чѣмъ острѣе поражаютъ ужасомъ и болью событія безпримѣрной въ исторіи войны, тѣмъ настойчивѣе пронизываетъ сознаніе мысль о необходимости послѣ нея мира длительнаго и надежнаго, международнаго правопорядка устойчиваго и по-новому организованнаго. Въ угоду этой мысли въ теченіе уже перваго года войны образовалась на Западѣ особая Organisation Centrale pour une Paix durable. Въ спискахъ членовъ новой организаціи значатся имена многихъ видныхъ ученыхъ, государственныхъ и общественныхъ дѣятелей и журналистовъ двадцати шести различныхъ странъ Европы и Америки. Представители нейтральныхъ странъ числомъ значительно преобладаютъ надъ представителями странъ воюющихъ; германцевъ и австрійцевъ значительно больше, чѣмъ ихъ противниковъ. Обращаетъ вниманіе обиліе именъ профессоровъ разныхъ американскихъ университетовъ и еще въ большей степени—университетовъ швейцарскихъ.

Въ апрѣлѣ 1915 г. часть членовъ организаціи съѣхалась въ Гаагѣ и выработала Программу-минимумъ и комментарій къ ней, которые позже, въ декабрѣ, послужили основой для докладовъ на специальномъ, Бернскомъ, конгрессѣ. Содержаніе программы сводится къ слѣдующему:—1. Не должно имѣть мѣста ни аннексій, ни передачи территоріи, противорѣчащихъ интересамъ и желанію населенія; согласіе послѣдняго должно получаться, по возможности, при помощи плебисцита.— Государства должны гарантировать національностямъ, населяющимъ ихъ территорію, гражданское равенство, религіозную свободу и безпрепятственное пользованіе роднымъ языкомъ.—2. Государства должны ввести въ своихъ колоніяхъ, протекторатахъ и сферахъ вліянія свободу торговли или, по крайней мѣрѣ, одинаковое отношеніе (l'égalité de traitement) ко всѣмъ націямъ.—3. Работа Гаагскихъ конференцій, направленная на мирную организацію Общества народовъ, должна быть продолжена. Мирныя конференціи сдѣлаются постояннымъ учрежденіемъ съ періодическими сессіями.—Государ-

Digitized by Google

ства должны согласиться всѣ свои споры улаживать мирнымъ путемъ. Въ этой цѣли, наряду съ Гаагской Палатой Третейскаго Суда, должны быть созданы: а) постоянная Палата Международнаго Суда, б) международный Слѣдственный и Согласительный Совѣтъ. Государства должны совмѣстно принимать мѣры дипломатическія, экономическія или военныя въ случаѣ, если бы одно изъ государствъ прибѣгло къ военнымъ дѣйствіямъ, вмѣсто того, чтобы подвергнуть споръ судебному разбирательству или обратиться къ посредству Слѣдственнаго и Согласительнаго Совѣта.—4. Государства согласятся сократить свои вооруженія. Чтобы облегчить сокращеніе морскихъ вооруженій право захвата должно быть отмѣнено, а свобода морей обезпечена.—5. Внѣшняя политика государствъ должна быть подвергнута дѣйствительному контролю ихъ парламентовъ.—Секретные договоры не должны имѣть правовой силы.

Слѣдуетъ имѣть въ виду, что программа намѣчаетъ лишь такія мѣропріятія, которыя, по мнѣнію «Центральной Организаціи», должны и могутъ быть осуществлены непосредственно по окончаніи войны и, во всякомъ случаѣ, въ ближайшее же время послѣ нея [1]). Съ другой стороны, въ проспектахъ, разсылавшихся вмѣстѣ съ приведенной программой и комментаріемъ, опредѣленно указывалось, что «Центральная Организація» преслѣдуетъ цѣли лишь чисто теоретической разработки основаній для будущаго мирнаго общенія народовъ. Стало-быть, позволительно было бы предполагать, что новая пасифистская организація рѣшила предложить народамъ и государствамъ лишь такія мѣропріятія, которыя предварительно выдержали строгую теоретическую провѣрку, и что—обратно—теоретическая провѣрка того или иного изъ предложенныхъ ею принциповъ включала въ себя и вопросъ о степени его практической осуществимости. Ближайшій анализъ программы-минимума заставляетъ, однако, придти къ выводамъ совершенно противуположнаго характера: и практическая возможность, и теоретическая необходимость не только не были приведены къ какому бы то ни было единству авторами программы, но и не учитывались ими сколько-нибудь серьезно. А вся программа въ цѣломъ и вся работа по ея комментированію свелись къ провозглашенію ряда благихъ пожеланій, досадныхъ своимъ столь явнымъ несоотвѣтствіемъ намѣченной цѣли, чтобы не сказать—своей наивностью. Въ самомъ дѣлѣ, все то, что еще только въ отдаленномъ будущемъ должно послужить средствомъ разрѣшенія междуна-

[1]) Ср. «Une Paix durable»—Commentaire officiel du Programm—Minimum. p. 43.



Digitized by Google

роднаго вопроса, надъ чѣмъ человѣчество должно работать долго и упорно, что не можетъ даться безъ радикальной перемѣны въ правосознаніи человѣчества, здѣсь предлагается въ качествѣ очередныхъ мѣропріятій на завтрашній день.

Не многимъ лучше обстоитъ дѣло и съ докладами на бернскомъ конгрессѣ Организаціи.—Проф. Г. Лямашъ въ своемъ докладѣ «Ueber die Begrenzung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit» ограничился лишь нѣсколькими историческими справками, нѣсколькими сопоставленіями и соображеніями общаго характера, пожеланіемъ дальнѣйшаго развитія международному арбитражу, горькими сѣтованіями по поводу прекращенія во время войны торговаго судоходства въ открытыхъ моряхъ (!) и — въ заключеніе—выраженіемъ надежды, что наступитъ время, когда право нейтралитета станетъ господствовать надъ правомъ войны.—Г. Х. Лянге (Норвегія) не далъ подробнаго доклада на избранную имъ тему: «La Conférence de la Paix et son organisation permanente» за недостаткомъ времени и по другимъ уважительнымъ причинамъ и сдѣлалъ лишь своего рода вступленіе къ преніямъ. Главнѣйшую часть этого вступленія занялъ краткій проектъ организаціи послѣдующихъ Мирныхъ Конференцій, въ видѣ регламента изъ 18 статей. Имѣется въ регламентѣ пунктъ о томъ, что рѣшенія должны приниматься большинствомъ голосовъ, при чемъ воздержавшіеся отъ голосованія не идутъ ни въ какой счетъ, а оставшіеся въ меньшинствѣ сохраняютъ право объединиться на особомъ соглашеніи. (Сказался опытъ 1907 г.) .Согласно другому пункту, въ «постоянномъ подготовительномъ комитетѣ» конференцій, восемь великихъ державъ пріобрѣтаютъ по сравненію съ остальными нѣкоторыя преимущественныя права, но на самихъ конференціяхъ всѣ державы имѣютъ одинаковый голосъ. Рѣшенія конференцій для полученія обязательной силы должны быть надлежащимъ образомъ ратифицированы.

Значительно большаго вниманія заслуживаютъ сообщенія гг. Веберга, Шикинга и А. Фрида. Первый говорилъ объ устройствѣ постояннаго международнаго суда («Die Schaffung eines ständigen Staatengerichthofes»). Хотя Гаагская Палата третейскаго Суда и оправдываетъ свое существованіе, но все же наряду съ нею необходима новая «дѣйствительно постоянная» судебная палата для разрѣшенія споровъ и недоразумѣній между государствами. Такая «дѣйствительно постоянная» палата имѣла бы большой моральный вѣсъ среди народовъ; избѣгать обращенія къ ней было бы труднѣе, чѣмъ теперь; весьма скоро въ ней выработались бы опредѣленныя судебныя традиціи и единообразная судебная практика.

Digitized by Google

Съ технической стороны обнаружилось бы то удобство, что судьи, привыкнувъ другъ къ другу, работали бы скорѣе и не запутывались бы въ формальностяхъ. Наконецъ, и самая стоимость процесса значительно понизилась бы. Для всего этого нужно, чтобы судьи жили постоянно въ Гаагѣ и избирались пожизненно, чтобы они были юристами, а не дипломатами, чтобы въ числѣ судей не присутствовали представители заинтересованныхъ сторонъ. Что касается компетенціи новой палаты, то въ нее должны входить призовыя дѣла (при этомъ призовая палата, предположенная конвенціей 1907 г., превратилась бы въ особую камеру новой палаты),—споры между частными лицами и иностранными государствами,—споры по вопросамъ частнаго международнаго права,—таможенныя дѣла и др. Процессуальная сторона можетъ остаться въ томъ видѣ, какъ она опредѣлена въ гаагскихъ текстахъ.

Проф. марбургскаго университета В. Шкингъ. выступилъ на конгрессѣ въ качествѣ горячаго защитника и почитателя «гаагскаго дѣла» [1]) Опытъ текущей войны не можетъ, по его мнѣнію, подорвать значенія того факта, чтоуже передъ войной «существовалъ международный союзъ государствъ (ein internationaler Staatenverband), цѣль котораго заключалась въ поддержаніи международнаго мира и который мы,—въ виду этой цѣли, имѣющей опредѣленно политическій характеръ,—можемъ прямо охарактеризовать, какъ міровой союзъ государствъ (Weltstaatenbund)». Возникновеніе міровой войны показываетъ лишь то, что вновь созидающіяся формы международной жизни еще не заполнились необходимымъ содержаніемъ изъ принудительныхъ правовыхъ предписаній. Поэтому, послѣ войны не сначала придется начинать дѣло замиренія народовъ, а лишь продолжать ,достигнутое въ 1899 и 1907 гг. Правда, сдѣлать осталось еще не мало: нужно отказаться отъ «фетишизма единогласія» на Мирныхъ Конференціяхъ и освободить большинство отъ подчиненія меньшинству (не отнимая, однако, и у меньшинства права на свободу рѣшеній; ср. выше); нужно создать статутъ не только для послѣдующихъ мирныхъ конференцій, но и для самого Staatenverband, какъ такового:—«основной договоръ». Основной договоръ предполагаетъ шесть главнѣйшихъ частей:—1) объ организаціи мирныхъ гаагскихъ конференцій, 2) о международномъ процессѣ, 3) объ организаціи слѣдственнаго и согласительнаго совѣта, 4) о международномъ административномъ совѣтѣ, 5) о выполненіи международныхъ постановленій (Exekütionsordnung), 6) о сокращеніи вооруженій .

---

[1]) Докладъ его озаглавленъ: «Ausbau des Haager Werkes».

Digitized by Google

Докладъ А. Фрида, одного изъ виднѣйшихъ и заслуженнѣйшихъ дѣятелей современнаго пасифизма, оказался посвященнымъ вопросу о международномъ сотрудничествѣ, какъ основѣ международной охраны права. («Die internationale Kooperation als Grundlage einer internationalen Rechtspfege»). По мнѣнію докладчика, вниманіе должно быть обращено не на то, чтобы разрѣшеніе международныхъ конфликтовъ съ помощью силы замѣнить правовымъ ихъ разрѣшеніемъ, а на то, чтобы измѣнить самый характеръ конфликтовъ и сдѣлать ихъ доступными правовому разрѣшенію. Не средства, стало-быть, должны стать иными, а самый о б ъ е к т ъ. Необходимое измѣненіе можетъ, однако, произойти лишь тогда, когда измѣнятся самыя основы международной жизни и на мѣсто междугосударственной анархіи явится междугосударственная организація. Долженъ создаться «Цѣлевой Союзъ Европы», не исключающій возможности и «Мірового Цѣлевого Союза». Начало уже положено, примѣръ поданъ:—международные административные союзы—съ одной стороны, примѣръ пан-американской уніи, надежнаго стража мира въ Америкѣ, съ другой, должны принести свои плоды и завершить великое дѣло гаагскихъ конференцій.

Нельзя не отмѣтить характерной особенности всѣхъ трехъ послѣднихъ докладовъ: они не стремятся дать что-либо новое въ области пасифизма, они лишь подводятъ итоги старому или даже просто повторяютъ старое. Все, или почти все, что говорилось докладчиками на конгрессѣ, уже высказывалось ими печатно до войны въ обширныхъ и солидныхъ изслѣдованіяхъ [1]) и успѣло уже оставить свой слѣдъ въ общемъ сознаніи. Получается, слѣдовательно, что и эти докладчики, за недостаткомъ-ли времени или по другимъ какимъ-либо уважительнымъ причинамъ, дали на конгрессѣ н а и м е н ь ш е е изъ того, что могли бы дать, и тѣмъ окончательно предопредѣлили не только практическую (для будущаго), но и теоретическую безплодность конгресса.

Наиболѣе солиднымъ и свѣжимъ изъ всего, что было предложено на конгрессѣ, явился, на нашъ взглядъ, «Avant—Projet d'un traité général relatif au Réglement pacifique des conflits internationaux», составленный нидерландской коммиссіей [2]) Коммиссія созна-

---

[1]) Ср. H. W e h b e r g: «Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes («Das Werk vom Haag, B. II, 1912). W. Schücking: Der Statenverband der Haager Konferenzen». («Das Werk vom Haag», B. I).—A. F r i e d: «Pan-Amerika», Berlin, 1910; «Kurzen Aufklärungen über Weren u. ziel des Pazifismus».—Berlin, 1914.

[2]) Въ составѣ гг. Heemskerk, Loder, prof. Suyling, van der Mandere и г-жи Polano.

Digitized by Google

вала, что писать проекты немедленнаго и полнаго искорененія войны вслѣдъ за окончаніемъ войны текущей совершенно безплодно. «Нужно работать надъ воспитаніемъ общественнаго мнѣнія, чтобы оно научилось вѣрить въ идеалъ вѣчнаго мира». Тѣмъ не менѣе во главу угла ея проекта положена мысль, что в с ѣ международные споры должны улаживаться полюбовно (à l'amiable). И всѣ надежды здѣсь возлагаются на новую организацію международнаго суда и на Совѣтъ Слѣдственный и Согласительный; въ судѣ (третейскомъ) великимъ державамъ предоставлено по три голоса, всѣмъ остальнымъ по одному [1]).

Хорошія стороны, при желаніи, можно найти во всемъ. Можно, поэтому, найти свои хорошія стороны и въ постановкѣ дѣла Organisation Centrale pour une Paix durable: въ то время, какъ всюду только и говорится, что о крушеніи международнаго правопорядка, о кризисѣ международнаго права и о трагедіи современнаго интернаціонализма, Центральная Организація живетъ и работаетъ какъ-будто ничего не случилось. Въ этомъ сказывается глубокая вѣра въ прочность международныхъ связей и въ торжество международнаго прогресса; вѣра, которая способна поддержать колеблющихся и заражать скептиковъ. Такъ, среди всеобщаго смятенія на пожарѣ, растерянности и безпомощности, пріятно видѣть человѣка, спокойно и толково дѣлающаго нужное дѣло. Однако, въ данномъ случаѣ Центральная Организація скорѣе похожа на человѣка, который ведетъ себя на пожарѣ такъ, какъ-будто бы пожара и не было. Это уже нѣчто другое, что говоритъ не въ пользу новой пасифистской организаціи; это уже не достоинство, а недостатокъ. Въ идеѣ пасифизмъ прекраснъ. Трудно представить себѣ человѣка, знакомаго съ современными условіями международной жизни, который вмѣстѣ съ тѣмъ не былъ бы пасифистомъ. Но до сихъ поръ пасифизмъ не былъ, да и теперь не можетъ быть чѣмъ-либо единымъ, однозначнымъ. Это—очень широкая идея, очень неопредѣленное устремленіе, яркая мечта, яркая вѣра, яркая надежда. Каждый пасифистъ—пасифистъ по-своему, благо способы служить идеѣ мира весьма различны. Поэтому, если пасифистамъ нужно было объединиться во время войны, то прежде всего для того, чтобы произвести учетъ собственнымъ силамъ, выяснить наличныя свои средства, разграничить цѣли. Уже и раньше различался «чистый» пасифизмъ и пасифизмъ «практическій». Теперь необходимы болѣе сложныя градаціи; необходимо,

[1]) Всѣ указанные доклады изданы:—La Haye, Martinus Nijhof, 1916. Секретаріатъ организаціи:—La Hage, Theresiastraat, 51. Можетъ-быть, на—бернскомъ конгрессѣ были сдѣланы и другіе доклады, но о нихъ намъ ничего не извѣстно и подъ руками мы имѣли лишь отмѣченные выше.

Digitized by Google

чтобы возможные основные типы пасифизма отчетливо выявили себя и намѣтили себѣ опредѣленную роль. Словомъ, необходимо, чтобы наряду съ теоріей пасифизма и практикой его, какъ пропагандой въ обществѣ конечной пасифистской идеи, намѣтилась особая п о л и т и к а пасифизма, т. е. планомѣрная работа по использованію наличныхъ средствъ для ближайшихъ и отдаленнѣйшихъ цѣлей, по подготовкѣ новыхъ средствъ и по постановкѣ новыхъ цѣлей. Необходимо, чтобы хаосъ пасифизма превратился въ систему. Безъ этого средства по прежнему будутъ смѣшиваться съ цѣлями, желаемое и ожидаемое выдаваться за дѣйствительное; какъ достижимое сегодня будетъ рекомендоваться то, что едва ли достижимо и черезъ десятки лѣтъ. Руководители «Центральной Организаціи» не поняли необходимости идти новыми путями, и это роковымъ образомъ отразилось уже на ея дѣятельноти и скоро отразится, конечно, на отношеніи къ ней широкихъ общественныхъ круговъ.

*Ю. Ключниковъ.*

Digitized by Google

## «УСТАВЪ БЛАГОЧИНІЯ И БЕЗОПАСНОСТИ»,

Во второй половинѣ 1916 года сводъ законовъ обогатился новымъ наименованіемъ: государственная канцелярія выпустила взамѣнъ «Устава о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій» (изд. 1890 г. съ продолженіями къ нему 1912, 1913 и 1914 гг.) новый «Уставъ благочинія и безопасности» (изд. 1916 г.). Къ десятилѣтію дѣйствія новыхъ основныхъ законовъ оффиціальная терминологія вернулась такимъ образомъ къ давно забытымъ понятіямъ: съ тѣхъ поръ, какъ пересталъ дѣйствовать уставъ благочинія или полицейскій 1782 г. и закрылись управы благочинія, съ тѣхъ поръ какъ университетская кафедра благоустройства и благочинія была переименована въ кафедру полицейскаго права, терминъ «благочиніе» исчезъ изъ дѣйствующаго права. Государственная канцелярія ничѣмъ для публики своихъ трудовъ не мотивируетъ, составляющіяся въ нѣдрахъ канцеляріи объяснительныя записки къ новымъ изданіямъ свода хранятся въ строгой тайнѣ и недоступны обыкновеннымъ смертнымъ, и мы не знаемъ, чѣмъ вызвано новѣйшее переименованіе разсматриваемой части свода. Кодификаторы, повидимому, чувствовали несоотвѣтствіе между содержаніемъ устава о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій и его содержаніемъ, и въ поискахъ новаго наименованія они обратились къ временамъ стародавнимъ. Вспомнили они, вѣроятно, и про то, чтъ Сперанскій, раздѣляя сводъ при первомъ его изданіи на «книги», присвоилъ книгѣ седьмой названіе «Уставы благочинія». «Второй разрядъ законовъ государственныхъ—читаемъ мы въ «Обозрѣніи историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ» (1837, стр. 122)—составляютъ всѣ законы, коими союзъ государственный и гражданскій и права, отъ нихъ возникающія, охраняются въ ихъ дѣйствіи мѣрами общаго государственнаго порядка. Сюда принадлежатъ: 1) Законы предохранительные, каковы суть уставы благочинія»... Въ число этихъ уставовъ благочинія, которымъ соотвѣтствовали томы XIII и XIV свода примѣрно въ теперешнемъ ихъ составѣ, входилъ и уставъ о пред. и прес. преступленій. Нынѣ названіе цѣлаго перенесе-

Digitized by Google

но на одну изъ частей. Но дѣло, конечно, не въ томъ, что архаическое названіе извлечено изъ архивной пыли, а въ содержаніи новаго устава, который отличается отъ стараго какъ по обработанному въ немъ матеріалу, такъ и по группировкѣ его. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ бросаетъ свѣтъ на систему оффиціальной кодификаціи, какъ она нынѣ функціонируетъ. Все это вмѣстѣ взятое, казалось намъ, оправдываетъ попытку разобраться въ содержаніи новаго устава.

## 1.

За время своего существованія уставъ пред. прест. (для краткости пользуемся оффиц. сокращеннымъ обозначеніемъ) былъ нѣсколько разъ переиздаваемъ и все время подвергался при этомъ сокращеніямъ въ объемѣ. Судебная реформа 1860-хъ гг. и изданіе новыхъ устава и уложенія о наказаніяхъ отмѣнили и замѣнили не мало статей устава пред. прест. изданія 1876 г. «Вслѣдствіе этого— повѣствуетъ П. М. Майковъ («О сводѣ законовъ», СПБ., 1906, стр. 186)—и было сдѣлано въ 1876 г. новое изданіе этого устава, значительно сокращенное по количеству статей (оно содержало въ себѣ 324 статьи, вмѣсто прежнихъ 518), тѣмъ не менѣе и это новое изданіе устава заключало въ себѣ немало статей, буквально повторяемыхъ въ другихъ частяхъ свода и относящихся болѣе къ симъ послѣднимъ, нежели къ уставу пред. прест... Кромѣ того, это изданіе 1876 г. удержало нѣсколько статей, хотя и не отмѣненныхъ закономъ, но устарѣвшихъ вслѣдствіе измѣнившихся условій государственной и общественной жизни, а также статей, не имѣющихъ юридическаго характера, а только значеніе наставленія, нравственныхъ правилъ или совѣта. Въ новомъ изданіи этого устава 1890 г. это по возможности отстранено, и число статей устава сдѣлалось еще менѣе: ихъ всего 310». Компетентный авторъ книги о сводѣ законовъ далъ въ цитированныхъ строкахъ правильную характеристику устава пред. прест., излишне, однако, смягчивъ краски. Модернизированное изданіе 1890 г., на которомъ намъ придется нѣсколько дольше остановиться, все еще содержало не только дѣйствующее право, но и множество отжившихъ постановленій, равно какъ нормъ, относящихся непосредственно къ другимъ томамъ свода.

Стоитъ только раскрыть уставъ (изд. 1890 г.), чтобы сразу натолкнуться не на юридическую норму, а на правило поведенія; «Всѣ должны въ церкви Божіей быть почтительными и входить въ храмъ Божій съ благоговѣніемъ, безъ усилія» (ст. 3). «Предъ ико-

Digitized by Google

нами стоять такъ, какъ благопристойность и святость мѣста требуютъ» (ст. 6). «Воскресные и торжественные дни церковные и гражданскіе посвящаются отдохновенію отъ трудовъ и съ тѣмъ вмѣстѣ набожному благоговѣнію. Посему дни сіи, воздерживаясь отъ безпутной жизни болѣе, нежели въ другіе, надлежитъ праздновать съ благоговѣніемъ и чистотою и ходить въ церковь къ слушанію службы Божіей, а особливо къ литургіи» (ст. 23). Цитата подъ статьей гласитъ «1649 янв. 29». Впрочемъ, уже само содержаніе приведенныхъ статей переноситъ насъ въ глубь вѣковъ, къ полицейскому государству, не тому, которое своей «отеческой» заботой и непрестанной опекой подавляло всякую самодѣятельность, а во времена болѣе раннія, когда власть имущіе дѣйствительно заботились, какъ бы отвратить подвластныхъ отъ «безпутной жизни». А вотъ предъ нами предписаніе полицейскаго государства временъ полнаго абсолютизма (цитата восходитъ къ 1775 г.): «Полиція имѣетъ надзоръ, чтобы никто въ противность должнаго послушанія законнымъ властямъ ничего не предпринималъ. Она пресѣкаетъ въ самомъ началѣ всякую новизну, закопамъ противную» (ст. 119). «Полиція имѣетъ попеченіе, чтобы молодые и младшіе почитали старшихъ и старыхъ, чтобы дѣти повиновались родителямъ, а слуги своимъ господамъ и хозяевамъ» (ст. 122).

Здѣсь мы подошли къ другой особенности устава. Поскольку въ немъ содержались нормы, прямо относящіяся къ существу его, т.-е. нормы, регулирующія дѣятельность полиціи безопасности, эти нормы въ большинствѣ случаевъ возлагали на чиновъ полиціи бремя непосильное и невыполнимое. Мы только что видѣли, что полиція должна была, по буквѣ закона, вмѣшиваться въ семейную жизнь. Въ дополненіе къ ст. 122 статья 149 вмѣняла въ «особливую обязанность» полиціи «наблюденіе, дабы узаконенія объ ограниченіи роскоши вездѣ соблюдаемы были». Не менѣе значительны были обязанности полиціи по охраненію общественной нравственности. «Полиція ни въ коемъ случаѣ не дозволяетъ возникать непотребнымъ и соблазнительнымъ сборищамъ, и повсемѣстно искореняетъ оныя, подъ какимъ бы видомъ и названіемъ они не существовали» (ст. 156). Полиція должна искоренять пьянство, ибо «запрещается всѣмъ и каждому пьянство» (ст. 153). Далѣе, полиція должна стоять на стражѣ имущественныхъ интересовъ подданныхъ. «Полиція имѣетъ надзоръ, чтобы обманъ и подлогъ не происходили ни въ качествѣ, ни въ количествѣ, ни въ цѣнѣ, ни въ мѣрѣ, ни въ вѣсѣ» (ст. 286). А что касается охраны общественнаго порядка, то здѣсь отъ полиціи уставъ прямо требуетъ вездѣсущія. «Въ донесеніяхъ своихъ правительству губер-

Digitized by Google

наторъ долженъ показать первоначальный источникъ возмущенія, поводъ къ оному и всѣ обстоятельства...» (ст. 127). «Полиція обязана открывать сочинителей ругательныхъ или иныхъ для чести оскорбительныхъ сочиненій (пасквилей) или изображеній и подметныхъ писемъ...» (ст. 106).

Многообразнымъ обязанностямъ полиціи соотвѣтствуетъ многообразіе запретовъ для подданныхъ. Между прочимъ «запрещается въ навечеріи Рождества Христова и въ продолженіе святокъ заводить, по старинным идолопоклонническимъ преданіямъ, игрища и, наряжаясь въ кумирскія одѣянія, производить по улицамъ пляски и пѣть соблазнительныя пѣсни» (ст. 28). «Запрещаются лжепредсказанія и лжепредзнаменованія» (ст. 30). «Запрещается выдавать себя за колдуна или чародѣя и употреблять подобные обманы, основанные на суевѣріи, невѣжествѣ или мошенничествѣ» (ст. 31).

Наряду съ этими отжившими свой вѣкъ постановленіями идетъ много такихъ, которые имѣютъ конкретный смыслъ, но либо излишни, такъ какъ повторены въ другихъ частямъ свода, либо безполезны, не будучи снабжены никакой санкціей. «Запрещается—гласитъ ст. 155—открывать днемъ и ночью домъ свой или наемный для непотребства, входить въ оный и непотребствомъ своимъ или непотребствомъ иныхъ снискивать себѣ пропитаніе». Аболиціонисты привѣтствовали бы смыслъ этого постановленія, если бы оно являлось дѣйствительнымъ орудіемъ для борьбы съ домами терпимости, но этого нѣтъ, и къ цитированной статьѣ, восходящей къ 1782 г., имѣется позднѣйшей даты примѣчаніе, сводящее на-нѣтъ самую статью и отсылающее къ правиламъ о комитетахъ, учрежденныхъ для врачебно-полицейскаго надзора за женщинами, промышляющими развратомъ. «Воспрещается—гласитъ ст. 241—въ случаѣ происшедшей ссоры или драки призывать товарищей или созывать народъ для принятія участія въ дракѣ, и тѣмъ подавать поводъ къ нарушенію общей тишины» Правило очень хорошее, но, несомнѣнно, оно осталось бы на бумагѣ, аналогично запрещенію пьянства, если бы для нарушителей тишины не была писана ст. 38 уст. наказ. То же слѣдуетъ сказать о знаменитой кратчайшей статьѣ въ сводѣ: «Кулачные бои воспрещаются» (ст. 137).

Наряду съ курьезами, архаизмами и постановленіями, лишенными юридическаго смысла, въ уставѣ много статей, подлежащихъ отнесенію въ другіе томы свода: въ законы уголовные, уставъ духовныхъ дѣлъ иностранныхъ исповѣданій, общее учрежденіе губернское и т. д. Имѣются даже постановленія, относящіяся по смыслу къ тому X св. зак., напр., курьезное постановленіе ст. 224 о вознагражденіи за «убійство чужой собаки...» Къ этой удивн-

Digitized by Google

тельной смѣси постановленій безпредметныхъ и излишнихъ прибавились въ XIX в. постановленія, составлявшія до самаго послѣдняго времени центръ тяжести устава: объ огражденіи господствующей вѣры—борьбѣ съ расколомъ и т. п., о мѣрахъ административнаго воздѣйствія вплоть до временнаго «Положенія о мѣрахъ къ охраненію государственнаго порядка» 1881 г., составившаго въ изданіи 1890 г. приложеніе I къ ст. 1 (прим. 2). Однако, уставъ пред. прест. не сталъ въ то же время исчерпывающимъ кодексомъ этихъ новѣйшихъ полномочій администраціи и не сосредоточилъ также въ себѣ всего относящагося къ обязанностямъ полиціи.

Въ этомъ положеніи застали уставъ событія 1905 и сл. гг. Крупный раздѣлъ устава, о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій противъ вѣры, частью долженъ былъ отпасть, частью кореннымъ образомъ видоизмѣниться въ силу прямого велѣнія закона. Закономѣрность дальнѣйшаго дѣйствія только что упомянутаго «Положенія о мѣрахъ къ охраненію гос. порядка» оказалась проблематичной, по крайней мѣрѣ, авторитетные представители науки, къ которымъ присоединилась и Гос. Дума, признали, что нельзя теперь въ порядкѣ управленія продолжать дѣйствіе Положенія. Что касается остальныхъ дѣйствовавшихъ частей устава, то на очереди сталъ вопросъ о замѣнѣ ихъ новыми законами. О какихъ-либо частичныхъ передѣлкахъ или исправленіяхъ здѣсь не могло быть рѣчи,—уставъ утратилъ съ 1906 г. свою принципіальную основу: уставъ имѣетъ въ виду подданныхъ, являющихся только объектами административныхъ воздѣйствій, акты же 1905 г. и основные законы 1906 г., несмотря на сохраненіе ими термина «подданные», создали въ русскомъ правѣ категорію субъективныхъ публичныхъ правъ. Но предоставимъ лучше слово источнику, несомнѣнно компетентному и обладающему тѣмъ достоинствомъ, что никто не заподозритъ его въ пристрастномъ отношеніи къ преобразованіямъ 1905—06 гг. въ смыслѣ преувеличенной оцѣнки совершившагося тогда обновленія государственнаго строя. Я говорю объ игнатьевскомъ особомъ совѣщаніи для пересмотра исключительныхъ положеній, учрежденномъ въ февралѣ 1905 г. Совѣщаніе обратило вниманіе «на несовершенство устава и, главнымъ образомъ, на несоотвѣтствіе его условіямъ правового государства, въ коемъ права частныхъ лицъ твердо опредѣлены и подлежатъ особой охранѣ закона» [1]). По мнѣнію особаго совѣщанія. «Уставъ пред. прест. не только во многихъ его частяхъ,

[1]) Эта и дальнѣйшія цитаты сдѣланы по представленію мин-ва вн. дѣлъ о преобразованіи полиціи въ имперіи, внесенному въ Гос. Думу 1 сентября 1913 г., стр. 97 и сл. Подчеркнуто вездѣ нами.

Digitized by Google

но по самой своей системѣ и способу изложенія, является сводомъ безусловно устарѣвшимъ. Уставъ этотъ, многія постановленія коего относятся по происхожденію своему къ XVIII и даже къ XVII столѣтіямъ, не можетъ быть согласованъ съ началами возвѣщенной 17 октября 1905 г. съ высоты Престола гражданской свободы; онъ, напротивъ, покоится именно на полномъ отрицаніи этой свободы, на строгой и подробной регламентаціи всѣхъ особенностей гражданскаго быта и на постоянной опекѣ и надзорѣ за обывателемъ. Система свода основана на установленіи ряда положительныхъ и категорическихъ запретовъ, содержаніе коихъ обнимаетъ собою безусловно всѣ сферы обывательской жизни, какъ общественной, такъ равно и частной». Совѣщаніе обратило вниманіе и на чрезвычайную широту и неопредѣленность обязанностей, возлагаемыхъ уставомъ на полицію, и въ заключеніе пришло къ слѣдующему выводу: въ руководство своей дѣятельности полиція должна получить твердыя и опредѣленныя указанія общаго полицейскаго устава, который замѣнилъ бы собою отжившій уставъ пред. прест., при чемъ изъ новаго устава должны быть устранены всѣ ненужныя, излишне стѣсняющія свободу личности постановленія.

Эти постановленія игнатьевскаго особаго совѣщанія легли въ основаніе работъ комиссіи сенатора (нынѣ министра) А. А. Макарова, и выработанный ею «Уставъ полицейскій» долженъ былъ замѣнить уставъ пред. прест. Законопроектъ о преобразованіи полиціи, внесенный въ Гос. Думу въ 1913 г., въ одной изъ своихъ статей предусматриваетъ введеніе въ дѣйствіе этого новаго Устава полицейскаго, а другою отмѣняетъ рядъ устарѣвшихъ статей устава пред. прест. Отмѣна другихъ статей этого послѣдняго устава не могла быть предусмотрѣна даннымъ законопроектомъ, какъ выходящая за его предѣлы, но введеніе новаго Устава полицейскаго, а затѣмъ пересмотръ исключительныхъ законоположеній неминуемо должны были свести на-нѣтъ весь уставъ пред. прест.

2.

Архаическій, отжившій свой вѣкъ уставъ пред. прест. былъ осужденъ, какъ мы только-что видѣли, и компетентнѣйшими оффиціальными инстанціями. И вотъ, въ то самое время, какъ правительственныя особыя совѣщанія и комиссіи занимаются разработкой новыхъ законовъ, долженствующихъ замѣнить уставъ, кото-

Digitized by Google

рый признанъ ими несоотвѣтствующимъ условіямъ правового государства, государственная канцелярія стала систематически заниматься прямо противоположнымъ дѣломъ: оживленіемъ, гальванизированіемъ этого «живого трупа».

Первый шагъ въ этомъ направленіи былъ сдѣланъ оффиціальными кодификаторами при изданіи ими Продолженія 1906 г. къ своду законовъ. Къ уставу пред. прест. они отнесли временныя правила о собраніяхъ, а также правила объ обществахъ и союзахъ. Нелѣпость этого сочетанія «предупрежденія и пресѣченія», съ одной стороны, свободъ—съ другой, усугублялась тѣмъ мѣстомъ, которое кодификаторы отвели въ уставѣ временнымъ правиламъ. Глава четвертая раздѣла второго «О запрещенныхъ сходбищахъ и набатныхъ тревогахъ» заканчивается въ уставѣ статьей (относится къ 1771 г.) слѣдующаго содержанія: «Для предупрежденія напрасныхъ и злоумышленныхъ набатныхъ тревогъ колокольнымъ звономъ, духовныя начальства должны строго наблюдать, чтобы у колоколенъ двери были крѣпки и всегда заперты, а ключи хранились у священниковъ». Вслѣдъ за этой ст. 115 появилась въ продолженіи 1906 г. ст. 115[1]: «Впредь до изданія общаго закона о собраніяхъ къ нимъ примѣняются временныя правила, при семъ приложенныя», а въ приложеніи нашли себѣ мѣсто самыя правила 4 марта 1906 г. Аналогично правила объ обществахъ и союзахъ составили приложеніе къ новой ст. 118[1], прибавленной къ главѣ «О незаконныхъ и тайныхъ обществахъ». Этимъ новшествомъ, про которое въ свое время правильно было указано въ юридической печати, что оно «скорѣе похоже на анекдотъ, а никакъ не на юридическую работу» *), кодификаторы не удовольствовались. Прилѣпивъ къ полуразвалившемуся строенію въ стилѣ полицейскаго государства возведенную на-спѣхъ постройку новаго стиля, они вздумали привести въ нѣкоторый порядокъ старыя развалины, удаливъ то, что казалось имъ ненужнымъ. Цѣлый рядъ статей устава показанъ по продолженію 1906 г. отмѣненными, замѣненными и исключенными. Руководствовались ли кодификаторы при исключеніи статей какими-либо принципами и какими именно,—сказать трудно; по крайней мѣрѣ, результатъ ихъ работы не свидѣтельствуетъ о какой-либо системѣ. Такъ, изъ цитированныхъ нами архаическихъ статей остались въ уставѣ статьи 28—31, 153, 155 и др. Зато ст. 68: «Полиція охраняетъ между всѣми, въ городѣ живущими, хотя различныхъ вѣръ, доброе гражданское согласіе, миръ и тишину»

*) І. В. Гессенъ, Труды Спб. юрид. о-ва, т. I, С.П.Б., 1910, стр. 487.

Digitized by Google

показана была замѣненной, несмотря на то, что именно событія 1905—06 г.г. обнаружили полную умѣстность и своевременность преподанія такого правила въ руководство полиціи... Въ результатѣ уставъ послѣ ревизіи 1906 г. не улучшился, напротивъ,— его архаизмъ и несоотвѣтствіе жизни еще болѣе стали бросаться въ глаза.

За первымъ шагомъ послѣдовалъ и второй. Государственная канцелярія не удовольствовалась тѣмъ, что новые и принципіально отличные отъ старыхъ законы 1906 г. были механически пристегнуты къ творенію XVII—XVIII в.в., — въ сводномъ продолженіи 1912 г. стирается внѣшняя грань между старымъ и новымъ: законы 1906 г. вносятся въ самый текстъ устава. Правила о собраніяхъ образуютъ въ этомъ продолженіи особую главу третью «О собраніяхъ», и за ней идетъ прежняя глава четвертая, открывающаяся статьей 112 («Запрещается учинить прошеніе или доносъ скопомъ или заговоромъ») и заканчивающаяся приведенной выше статьей о набатныхъ тревогахъ. Въ главѣ же пятой помѣщаются временныя правила объ обществахъ и союзахъ, а непосредственно за ней идетъ цитированная статья 119-о пресѣченіи «въ самомъ началѣ» всякой новизны. Этотъ простой перечень послѣдовательныхъ статей устава по изданію 1890 г. и продолженію 1912 г. говоритъ такъ много, что врядъ ли надо что-нибудь прибавлять для характеристики этого кодификаціоннаго творенія.

Въ государственную думу правительство тѣмъ временемъ внесло упомянутый Уставъ полицейскій. На очереди стоитъ вопросъ о реформѣ исключительныхъ законоположеній. Совершенно игнорируя все это, государственная канцелярія послѣдовательно идетъ дальше по пути оживленія устава пред. прест. Результатомъ новѣйшихъ трудовъ и явился «Уставъ благочинія и безопасности» изданія 1916 г. Если ознакомленіе съ этимъ новымъ уставомъ начать съ оглавленія, то впечатлѣніе получается такое, что передъ нами не продуктъ кодификаціи, а новый кодексъ,—отъ стараго устава пред. прест. не осталось ни его дѣленія на раздѣлы и главы, ни названій, главъ, а теперешняя группировка главъ и ихъ названія выдержаны въ отличномъ отъ прежняго, болѣе современномъ стилѣ. Но стоитъ обратиться къ самому уставу, чтобы вся эта иллюзія разсѣялась. Первая глава «О мѣрахъ противъ нарушенія ограждающихъ вѣру постановленій», пестритъ постановленіями, утратившими силу за изданіемъ въ 1906 г указа о старообрядческихъ и сектантскихъ общинахъ, къ различнымъ статьямъ котораго от-

Digitized by Google

сылають выноски (акты, проведенные по ст. 87, гос. канцелярія, какъ извѣстно, не кодифицируетъ). Затѣмъ идутъ хорошо намъ знакомые архаизмы и курьезы. Тутъ и статья о томъ, чтобы въ храмъ Божій входить «безъ усилія» и запрещеніе «лжепредсказаній и лжепредзнаменованій», запрещеніе разсѣиванія лжи и клеветы (нынѣ ст. 172), и кулачныхъ боевъ, и предписаніе полиціи открывать безыменныхъ сочинителей ругательныхъ сочиненій и подметныхъ писемъ и т. д. и т. д. Отавлено нѣсколько статей изъ тѣхъ, которыя, какъ устарѣвшія, предназначены къ отмѣнѣ законопроектомъ о преобразованіи полиціи (прежде ст. 30, 31, 106 и 137 — нынѣ ст. 22, 23, 87 и 284). Остались статьи, которымъ мѣсто въ уголовныхъ законахъ и другихъ частяхъ свода. Оставлены декларативныя статьи. Наконецъ, новый уставъ, наподобіе стараго, врывается въ области, вообще не касающіяся гражданскаго законодательства, Такъ, ст. 76 гласитъ: «Въ селеніяхъ и деревняхъ священники наблюдаютъ, чтобы въ домахъ православныхъ прихожанъ святыя иконы были содержимы во всякой чистотѣ», а ст. 44 содержитъ церковно-политическую декларацію о томъ, что «господствующая церковь не дозволяетъ себѣ ни малѣйшихъ принудительныхъ средствъ при обращеніи послѣдователей иныхъ исповѣданій и вѣръ къ Православію, и тѣмъ изъ нихъ, кои приступить къ нему не желаютъ, отнюдь ничѣмъ не угрожаетъ, поступая по образу проповѣди Апостольской». Въ общемъ нѣсколько десятковъ старыхъ статей исключено, но системы здѣсь опять-таки никакой не видно. Если недоумѣнія возникаютъ по поводу статей не исключенныхъ, то столь же приходится недоумѣвать по поводу статей исключенныхъ. «Если, напр., наряду съ оставленіемъ въ силѣ всего устава вообще исключается запрещеніе «мужскому полу старѣе семи лѣтъ ходить въ торговую баню женскаго пола, а женскому полу ходить въ торговую баню мужского пола, когда въ тѣхъ другой полъ парится» (ст. 157 уст. пред. прест., оставленная и въ продолженіяхъ), можно ли отсюда сдѣлать логическій выводъ, что и «самое запрещеніе отмѣнено?» [1]) Однимъ словомъ, всѣ пороки Устава пред. прест. оказываются присущими и Уставу благочинія,

Упрекать оффиціальныхъ кодификаторовъ за то, что имъ не удалось путемъ передѣлокъ приспособить старый уставъ къ условіямъ современной правовой жизни, не приходится,—мы видѣли, что эта задача по сути своей заранѣе обречена на неудачу, и

[1]) І. В. Гессенъ, въ «Правѣ», 1916, № 43.



Digitized by Google

во всякомъ случаѣ не безсистемнымъ исключеніемъ нѣсколькихъ статей устава можно было выполнить ее. Но зачѣмъ, спрашивается, вообще предпринято было новое изданіе устава, какія были къ тому побудительныя причины? Соображеній практической потребности и цѣлесообразности въ пользу новаго изданія привести никакъ нельзя. Практика отлично обходилась старымъ изданіемъ никому ненужнаго устава [1]), а предстоящая замѣна наиболѣе жизненныхъ частей его новыми законами и временный характеръ многихъ его постановленій тоже говорили противъ новаго изданія [2]). Если такъ, то не въ существѣ дѣла, а въ побочныхъ соображеніяхъ должны мы искать мотивовъ составленія Устава благочинія.. Главною цѣлью составителей, видимо, было слiяніе стараго съ новымъ, скромно начатое въ 1906 г. и рѣшительнѣе продолженное въ 1912 г., раствореніе стараго въ новомъ. Въ этомъ отношеніи они, дѣйствительно, преуспѣли. Правила о собраніяхъ и объ обществахъ и союзахъ утратили послѣдній внѣшній признакъ своего происхожденія изъ міра иныхъ юридическихъ идей, особую добавочную нумерацію, и растворились въ общей архаической массѣ устава, занявъ своеобразное мѣсто между раньше ихъ стоящими постановленіями объ охраненіи личной и имущественной безопасности и помѣщенными вслѣдъ за тѣмъ предписаніями полиціи о соблюденіи порядка при публичныхъ собраніяхъ и пр. и мѣрами противъ роскоши и мотовства. Затѣмъ, второю цѣлью кодификаторовъ, очевидно, было консолидированіе исключительныхъ полномочій администраціи по охраненію порядка, и въ этомъ отношеніи они также значительно успѣли. Вмѣсто скуднаго содержаніемъ и тощаго прежняго раздѣла «О предупрежденіи и пресѣченіи преступленій противъ общественнаго порядка и учрежденій правительства» они создали внушительную главу «Объ охраненіи государственнаго порядка и общественнаго спокойствія», состоящую изъ 87 статей. Для этого Положеніе о мѣрахъ къ охраненію государственнаго порядка, оффиціально предназначенное къ отмѣнѣ и опирающееся на крайне проблематическій юридическій титулъ, нынѣ вне-

---

[1]) Уставъ пред. прест. въ цѣломъ видѣ не имѣетъ ни одного частнаго изданія; правила о собраніяхъ и объ обществахъ и союзахъ, напротивъ, имѣются въ нѣсколькихъ неоффиціальныхъ изданіяхъ.

[2]) Въ настоящее время гос. канцелярія какъ-будто поставила себѣ за правило переиздавать тѣ части свода, которыя находятся въ стадіи коренной переработки: такъ, въ 1915 г. переизданы городовое положеніе и учрежденіе сената, хотя составлялось новое городовое положеніе, а проектъ реформы сената былъ уже разсмотрѣнъ гос. думой.

Digitized by Google

сено въ самый текстъ устава и образуетъ въ немъ «отдѣленіе второе» разсматриваемой главы [1]), Второе приложеніе къ ст. 1 уст. пред. прест., положеніе о полицейскомъ надзорѣ, фигурируетъ въ видѣ «отдѣленія третьяго», а для перваго отдѣленія, «общихъ правилъ», набраны изъ разныхъ мѣстъ стараго устава разрозненныя постановленія, да къ нимъ еще прибавлено новѣйшее полномочіе министра вн. дѣлъ (пріостанавливать или ограничивать дѣйствіе телефонныхъ сообщеній; законъ 8 апрѣля 1916 г.). Аналогичными пріемами перестановки и комбинированія статей составлены и другія главы.

Такъ изъ старыхъ кирпичей выстроено новое по видимости зданіе, для вящшей красоты повсюду приклеены новые ярлыки, а на фронтонѣ помѣщена тоже новая надпись: «Уставъ благочинія и безопасности», кстати замѣтимъ, вовсе къ данному зданію неподходящая: новый уставъ не является уставомъ полицейскимъ наподобіе устава благочинія 1782 г. и имѣетъ очень мало общаго съ уставами благочинія, какъ понималъ этотъ терминъ Сперанскій [2]). Эти чисто внѣшнія прикрасы съ практической точки зрѣнія излишни, если не вредны, и могутъ быть объяснены опятьтаки только опредѣленной тенденціей кодификаторовъ, тенденціей закрѣпить, представить въ наиболѣе выгодномъ свѣтѣ извѣстное содержаніе, именно — «строгую и подробную регламентацію всѣхъ особенностей гражданскаго быта и постоянную опеку и надзоръ за обывателемъ».

---

[1]) Для соблюденія законности, къ первой статьѣ отдѣленія прибавлено характерное примѣчаніе: «Высочайше повелѣно: срокъ дѣйствія выс. утвержденнаго 14 августа 1881 г. (350). Положенія о мѣрахъ къ охраненію государственнаго порядка и общественнаго спокойствія (ст. 91 — 125) продлить по 4 сентября 1916 г. или по день изданія новаго закона объ исключительномъ положеніи, если законъ этотъ послѣдуетъ ранѣе 4 сентября 1916 г.».

[2]) Государственная канцелярія за послѣдніе годы вообще проявляетъ особую страсть къ переименовыванію частей свода законовъ. Въ 1913 г. Уставъ о промышленности при переизданіи былъ разбитъ на двѣ отдѣльныя части: Уставъ о промышленности фабрично-заводской и ремесленной, Уставъ о промышленномъ трудѣ. Если это раздѣленіе прежняго устава можетъ быть оправдано его содержаніемъ и, пожалуй даже создаетъ нѣкоторыя удобства въ пользованіи соотвѣтствующими узаконеніями, то рѣшительно нельзя понять, зачѣмъ Городовое положеніе переиздано въ 1915 г. подъ названіемъ: «Положенія объ общественномъ управленіи городовъ». Множественное число употреблено здѣсь потому, что новое изданіе состоитъ изъ двухъ раздѣловъ; въ первое вошло городовое положеніе, второй составился изъ положенія объ общественномъ управленіи Петрограда (прежде приложеніе къ город. положенію) и сохранилъ свою особую нумерацію, соединеніе въ одномъ изданіи двухъ раздѣловъ съ отдѣльной для каждаго нумераціей ничего кромѣ путаницы не создаетъ.



Digitized by Google

3.

Расположивъ въ иномъ порядкѣ матеріалъ стараго устава пред. прест., разбивъ его на новыя рубрики и выпустивъ въ свѣтъ подъ новымъ наименованіемъ, государственная канцелярія. несомнѣнно, вложила иное содержаніе въ смыслъ прежнихъ статей устава. Въ силу же какого права была произведена эта кодификаціонная работа, граничащая съ законодательствомъ? гдѣ тотъ юридическій фундаментъ, на которомъ она зиждится? Разбираясь въ этомъ вопросѣ, мы тѣмъ самымъ разсмотримъ, оставалась ли гос. канцелярія, составляя Уставъ благочинія, въ предѣлахъ своихъ законныхъ полномочій, или она ихъ преступила.

Отвѣтить на эти вопросы не такъ легко, — законоположенія о кодификаціи, неясныя и неполныя, не были согласованы съ преобразованіями 1905—1906 г.г., и вслѣдствіе этого въ нихъ оказывается много спорнаго. Статьи 119—124 учр. гос. сов., изданія 1906 г. регулирующія порядокъ изданія свода законовъ, буквально списаны съ послѣдняго дореформеннаго учрежденія гос. совѣта (изд. 1901 г.); въ этомъ послѣднемъ, въ свою очередь, онѣ явились не цѣльнымъ, продуманнымъ законодательнымъ актомъ, а кодификаціонной выборкой изъ дѣйствовавшихъ тогда законоположеній, именно—были выбраны для включенія въ учрежденіе статьи законовъ, ближайшимъ образомъ опредѣлявшія права и обязанности государственнаго секретаря. Ст. 132 учр. гос. сов. изданія 1901 г., буквально повторяемая нынѣшней статьей 119, гласитъ: «Сводъ законовъ... составляется, по распоряженіямъ гос. секретаря, на основаніи особо установленныхъ правилъ». Правилъ этихъ въ сводѣ нѣтъ — опять-таки характерная черта кодификаціоннаго дѣла: всякіе уставы, опредѣляющіе полномочія властей, переиздаются съ ненужнымъ подчасъ усердіемъ, а законы, трактующіе о функціонированіи высшихъ государственныхъ установленій, остаются въ теченіе десятковъ лѣтъ некодифицированными. Въ сводѣ законовъ нѣтъ, напр,, смѣтныхъ правилъ, нѣтъ въ нихъ и законоположеній о кодификаціи. Приходится искать ихъ въ полномъ собраніи законовъ (или въ частныхъ изданіяхъ), и тутъ мы находимъ выс. утв. 5 ноября 1885 г. мнѣніе гос. совѣта о переработкѣ свода законовъ и рядъ позднѣйшихъ узаконеній, его видоизмѣняющихъ и дополняющихъ.

Понынѣ дѣйствующій законъ 1885 г., основа кодификаціонной дѣятельности, проникнутъ опредѣленной тенденціей: ограничить толкованіе законовъ, къ которому неизбѣжно сводится ко-

Digitized by Google

дификація [1]), по возможности не допускать законодательства черезъ кодификацію. Въ этихъ видахъ ст. 11 закона гласитъ: «Въ тѣхъ случаяхъ, когда, при изготовленіи новаго изданія свода законовъ или при внесеніи въ него новыхъ узаконеній, встрѣтятся вопросы, которые не могутъ быть разрѣшены порядкомъ кодификаціоннымъ, а также когда при этомъ обнаружится неполнота или недостаточность дѣйствующаго закона, главноуправляющій кодиф. отдѣломъ или министръ, до вѣдомства котораго предметъ относится, входитъ въ государственный совѣтъ съ представленіемъ о разъясненіи, измѣненіи или дополненіи подлежащихъ статей свода или другихъ узаконеній» [2]). Статья 15 предписывала вносить на разрѣшеніе гос. совѣта вопросы объ исправленіи ошибокъ, обнаруживаемыхъ въ новыхъ изданіяхъ свода, когда по этимъ дѣламъ не могло состояться соглашенія съ заинтересованными вѣдомствами. Еще болѣе рѣшительный шагъ въ томъ же направленіи суженія предѣловъ кодификаціи сдѣланъ былъ въ 1893 г., при упраздненіи кодификаціоннаго отдѣла и передачѣ его функцій государственной канцеляріи. Матеріалы къ закону 27 декабря 1893 г., осуществившему эту реформу, свидѣтельствуютъ объ этомъ съ достаточной опредѣленностью. Задачею составителей этого послѣдняго закона было «полное объединеніе дѣятельности кодифиціонной съ дѣятельностью законодательной... А для этого нужно, чтобы санкція гос. совѣта простиралась не только на редакцію узаконеній, но въ потребныхъ случаяхъ на опредѣленіе того мѣста и той формы, которыя должны быть имъ присвоены въ сборникахъ законодательства» [3]).

Исходя изъ этихъ соображеній, законъ 27 декабря 1893 г., предоставившій гос. секретарю права и обязанности главноуправляющаго кодификаціоннымъ отдѣломъ, вводилъ новое правило: «Государственный секретарь—гласила ст. 3 отд. II закона—входитъ съ представленіями въ гос. совѣтъ, сверхъ случаевъ, указанныхъ въ статьяхъ 11 и 15 выс. утв. 5 ноября 1885 г. мнѣніе гос. совѣта, также и въ томъ случаѣ, когда, при изготовле-

---

[1]) Ср. Н. И Лазаревскій „Законодательство подъ видомъ толкованія законовъ «Вѣстн. Гражд. Права 1916; № 2, стр. 107 и сл.

[2]) Эта ст. 11 была буквально повторена въ статьѣ 134 учр. гос. сов. изданія 1901 г., а затѣмъ вошла въ учрежденіе гос. сов. изд. 1906 г. въ качествѣ ст. 121, съ опущеніемъ, однако, словъ «въ государственный сов.», нами подчеркнутыхъ.

[3]) „Отчетъ по дѣлопроизводству гос. сов. за сессію 1893-94 г." Томъ 1, стр. 24; въ этихъ и слѣдующихъ цитатахъ разрядка вездѣ наша.

Digitized by Google

нiи новаго изданiя свода законовъ или какой-либо его части, окажется необходимымъ сдѣлать столь существенныя, противъ прежняго изданiя, измѣненiя въ расположенiи или изложенiи узаконенiй, что отъ сего могло бы измѣниться значенiе закона». При обсужденiи этой статьи въ департаментахъ гос. совѣта инiціаторъ закона, гос. секретарь Муравьевъ, представилъ слѣдующiя поясненiя: «Такiя измѣненiя до сихъ поръ дѣлались въ порядкѣ кодификацiонномъ, властью главноуправляющаго кодификацiоннымъ отдѣломъ. Теперь предполагается поставить въ этой области учрежденiе кодификацiонное такъ-сказать подъ контроль госуд. совѣта. При изготовленiи новаго изданiя цѣлаго устава, входящаго въ составъ свода законовъ, всѣ вопросы, которые выходятъ изъ предѣловъ строго кодификацiонныхъ, будутъ выдѣляемы и подвергнутся обсужденiю гос. совѣта. По существу обсуждаемое постановленiе представляетъ собою скорѣе сужденiе, ограниченiе полномочiй кодификацiоннаго учрежденiя, ибо оно расширяетъ кругъ вопросовъ, когда учрежденiе это должно обращаться къ авторитету гос. совѣта за разрѣшенiемъ сомнѣнiй, возникающихъ при разработкѣ отдѣльныхъ частей свода законовъ для новаго ихъ изданiя» [1]).

Мы привели эту нѣсколько длинную цитату изъ оффiцiальнаго документа, такъ какъ она непосредственно касается интересующаго насъ вопроса. Изъ нея явствуетъ, что, издавая Уставъ благочинiя, гос. канцелярiя вышла за предѣлы закопныхъ своихъ полномочiй: при составленiи Устава канцелярiя не могла не столкнуться съ «неполностью и недостаточностью» дѣйствующаго права (ст. 11 закона 1885 г.), во всякомъ случаѣ при этомъ произведены были «существенныя, противъ прежняго изданiя, измѣненiя въ расположенiи узаконенiй», а посему это выходило изъ компентенцiи кодификацiоннаго учрежденiя.

Но не дѣлаемъ ли мы ошибки, опираясь на законъ 1893 г., какъ на дѣйствующiй понынѣ? Цитированная ст. 3 отд. II закона, повторенная въ статьѣ 135 учр. гос. совѣта изданiя 1901 года, въ нынѣшнемъ учрежденiи гос. совѣта не значится. Глава «О порядкѣ изданiя свода законовъ» въ новѣйшемъ учрежденiи гос. совѣта отличается отъ той же главы предшествующаго учрежденiя именно отсутствiемъ прежней ст. 135, да еще исключенiемъ въ статьѣ 134 (нынѣ 121, текстъ см. выше) словъ «въ государственный совѣтъ». Отсюда уже сдѣланъ былъ выводъ, что

[1]) Тамъ же, стр. 31—32.

Digitized by Google

ст. 3 отд. II закона 1893 г. должна быть признана въ этой части отмѣненной [1]). Намъ такой выводъ представляется необоснованнымъ, и вотъ почему. Порядокъ веденія кодификаціонныхъ работъ опредѣлялся прежде и опредѣляется теперь «особо» на этотъ счетъ «установленными правилами», учрежденіе же государственнаго совѣта регулируетъ только права и обязанности гос. секретаря по этому предмету да еще порядокъ опубликованія свода. Законы 1885 и 1893 г. дѣйствовали и остаются въ силѣ понынѣ, независимо отъ того, повторены ли они въ учрежденіи гос. совѣта или нѣтъ,—разумѣется, поскольку они позднѣйшими узаконеніями не отмѣнены прямо или общимъ ихъ содержаніемъ. Невключеніе ст. 135 учр. гос. сов. изданія 1901 г. въ новое учрежденіе по этому само по себѣ не дастъ основанія считать ст. 3 закона 1893 г. отмѣненной. Нельзя эту статью считать отмѣненной и общимъ содержаніемъ учрежденія 1906 г. Смыслъ этого учрежденія и— главнымъ образомъ — основныхъ законовъ 1906 г. сводится, вѣдь, къ установленію «твердыхъ основаній законовъ» въ формальномъ смыслѣ, законовъ, «которые не могутъ быть отмѣнены иначе, какъ только силою закона» (ст. 84 и 94 осн. зак.). Коль скоро законъ 1893 г. былъ изданъ въ цѣляхъ ограниченія, суженія компетенціи кодификаціоннаго учрежденія, то преобразованіе 1906 г. во всякомъ случаѣ не можетъ быть толкуемо какъ основаніе для отмѣны этого ограниченія. Если же строить какіе-либо выводы на томъ, что прежняя ст. 135 учр. гос. сов. не повторена въ нынѣ дѣйствующемъ учрежденіи, если считать, что законъ 1893 г. въ интересующей насъ части отмѣненъ, то понимать это надо не въ смыслѣ возстановленія прежнихъ, болѣе широкихъ полномочій руководителя кодификаціоннымъ вѣдомствомъ, а какъ-разъ обратно: толкуя законъ 1893 г. въ согласіи съ новыми основными законами, надо будетъ признать, что гос. секретарь нынѣ не только не можетъ собственной властью производить въ новыхъ изданіяхъ «существенныя измѣненія въ расположеніи или изложеніи узаконеній», но лишенъ даже права входить объ этомъ съ представленіями.

Столь же спорнымъ представляется, съ точки зрѣнія основныхъ законовъ 1906 г., право государственной канцеляріи производить въ сводѣ исключенія статей, не опираясь при этомъ на опредѣленныя позднѣйшія узаконенія. Правда, законъ 5 ноября 1885 г. не только открываетъ возможность, но предписываетъ даже

---

[1]) В. Шеинъ и Г. Блосфельдтъ. «Государственный совѣтъ». СПБ., 1910. Стр. 523 примѣчаніе.

Digitized by Google

производить подобныя исключенія. «Обязательному исключенію изъ свода законовъ, при новомъ его изданіи, подлежатъ: а) правила, которыя, утративъ обязательную силу, содержатъ въ себѣ одни только историческія указанія; б) повторенія,..» (ст. 4). «Изъ свода законовъ новаго изданія устраняются, по мѣрѣ представляющейся возможности, такія правила, которыя, по содержанію своему, не имѣютъ значенія и свойства законодательныхъ предписаній» (ст. 5). Но, при нынѣшней редакціи главы «О законахъ» въ основномъ актѣ 23 апрѣля 1906 г., эти статьи врядъ ли могутъ быть признаны дѣйствующимъ правомъ, такъ какъ, пользуясь этими статьями, кодификаціонное учрежденіе неминуемо должно вторгаться въ компетенцію законодательныхъ палатъ. Доказательствомъ можетъ служить самый Уставъ благочинія. Въ немъ исключенъ рядъ статей о полномочіяхъ полиціи, которыя были признаны устарѣвшими комиссіей, разрабатывавшей законопроектъ о преобразованіи полиціи, и которыя комиссія предлагаетъ поэтому отмѣнить [1]). Законопроектъ о полиціи находится на разсмотрѣніи Гос. Думы, и когда онъ станетъ въ ней на очередь, то законодательное учрежденіе столкнется съ тѣмъ, что часть работы уже выполнило за него кодификаціонное учрежденіе: въ сводѣ законовъ уже нѣтъ статей, объ отмѣнѣ которыхъ правительство вошло съ представленіемъ въ Гос. Думу. Это обстоятельство даетъ основаніе думать, что при исключеніи статей изъ устава пред. прест. Государственная канцелярія тоже вышла за предѣлы своихъ полномочій.

---

Итакъ, новѣйшій продуктъ кодификаціоннаго творчества, «Уставъ благочинія и безопасности» является ненужнымъ съ практической точки зрѣнія, идущимъ принципіально въ разрѣзъ съ очередными задачами законодательства, а съ формальной точки зрѣнія—лишеннымъ достаточнаго юридическаго обоснованія. Фактъ появленія такого изданія самъ по себѣ указываетъ на неблагополучіе въ нынѣшней постановкѣ кодификаціи. Къ сожалѣнію, этотъ фактъ не стоитъ особнякомъ. Чуть ли не всѣ новѣйшія изданія Государственной канцеляріи оказываются неудовлетворяющими практическимъ потребностямъ и вызываютъ серьезныя принципіаль-

---

[1]) См. цитированное выше представленіе м-ва вн. дѣлъ въ Гос. Думу, стр. 103. По отд. VI раздѣла Б законопроекта, Думѣ предлагается отмѣнить статьи 28—31, 106, 107, 115, 119, 122, 134, 149, 157, 158, 233—236 и 239—243. Всѣ эти статьи, за исключеніемъ четырехъ указанныхъ выше, не имѣются въ Уставѣ благочинія.

Digitized by Google

ныя возраженія [1]). Поневолѣ возникаетъ мысль, что бѣда здѣсь не столько въ людяхъ, приставленныхъ къ дѣлу кодификаціи, сколько въ самой идеѣ кодификаціи. По выходѣ своднаго продолженія 1906 г., подводившаго итоги до-конституціоннаго законодательства, С. А. Муромцевъ высказалъ уже ту мысль, что отнынѣ кодификаціонная дѣятельность должна прекратиться. «Конституціонный режимъ, долженствующій покоиться на твердой законности,—писалъ онъ въ «Правѣ» (1907, № 37)—не допускаетъ никакого, осуществляемаго внѣ законодательнаго порядка, измѣненія внѣшняго вида законовъ, ибо съ измѣненіемъ внѣшняго вида закона всегда связывается опасность посягательства и на его дѣйствительную силу и значеніе». С. А. Муромцевъ считалъ поэтому недопустимымъ сліяніе новаго законодательнаго матеріала со старымъ и предлагалъ, отказавшись отъ старыхъ пріемовъ кодификаціи, замѣнить ихъ новыми: составленіемъ разнаго рода указателей и пр., удовлетворяющихъ практическимъ надобностямъ ознакомленія съ новыми законодательными актами, но не посягающихъ на текстъ и форму законовъ. Мысли С. А. Муромцева не встрѣтили въ свое время должнаго сочувствія. Но вся послѣдующая дѣятельность оффиціальныхъ кодификаторовъ настойчиво напоминаетъ о предложеніяхъ покойнаго знатока законодательной техники. Съ каждымъ новымъ оффиціальнымъ изданіемъ свода законовъ ставится все болѣе остро вопросъ о реформѣ кодификаціи. Желаніемъ напомнить объ этомъ вопросѣ, требующемъ разрѣшенія, и были продиктованы настоящія замѣтки.

*І. Яшунскій.*

---

[1]) См., напр., ст. Н. С. Тимашева о кодификаціи уголовныхъ законовъ въ «Правѣ» 1915, № 52. Ср. мои замѣтки о разныхъ новыхъ изданіяхъ гос. канцеляріи въ «Правѣ» 1915, №№ 31, 43, 1916, №№ 17, 22.

Digitized by Google

# Литературное Обозрѣніе.

**Петръ Покровскій.** Бентамъ и его время. Петроградъ 1916. XV+688 стр. 4 руб.

Весьма небогатая русская литература о Бентамѣ пополнилась обширной монографіей недавно безвременно скончавшагося молодого ученаго П. А. Покровскаго: Бентамъ и его время. Какъ самое названіе показываетъ, П. А. Покровскій задался цѣлью понять и принять Бентама въ условіяхъ его времени. И такое задаиіе какъ нельзя болѣе соотвѣтствуетъ характеру научнаго творчества англійскаго мыслителя.

Бентамъ, можетъ быть, болѣе, чѣмъ какой-либо другой научный дѣятель, связанъ съ своей эпохой, обусловленъ ея особенностями. Чтобы вполнѣ понять и оцѣнить его труды, необходимо знать условія англійской дѣйствительности его времени.

И соотвѣтственно этимъ особенностямъ генія Бентама, П. А. Покровскій посвящаетъ значительную часть своего изслѣдованія изложенію характерныхъ чертъ англійскаго политическаго и общественнаго строя конца XVIII и начала XIX в. Въ этой части своей работы авторъ не стремится быть оригинальнымъ и самостоятельнымъ и довольствуется добросовѣстной и вполнѣ литературной передачей матеріала, добытаго изъ вторыхъ рукъ.

Разумѣется, это не можетъ быть поставлено ему въ укоръ. Быть можетъ, только слѣдовало бы озаботиться о нѣсколько большей сжатости этой компилятивной части его монографіи, тѣмъ болѣе, что при стремленіи къ чрезмѣрной обстоятельности, авторъ открываетъ себя для упрековъ въ неполнотѣ. Такъ можно было бы ему указать на недостаточность освѣщенія особенностей тогдашней избирательной системы. Еще въ бо́льшей степени эта неполнота сказывается въ изложеніи, такъ сказать, духовной генеологіи Бентама. Здѣсь надлежало бы болѣе точно опредѣлить вліяніе на Бентама французскихъ мыслителей предреволюціонной эпохи, особенно Гельвеція.

Digitized by Google

Но главное возраженіе, которое можетъ быть представлено П. А. Покровскому по поводу этой части его труда, заключается въ томъ, что она недостаточно связана съ послѣдующей, основной частью, посвященной изложенію доктрины Бентама; она далеко не вполнѣ объясняетъ особенности его доктрины. Иначе говоря, рамка времени, сложенная П. А. Покровскимъ, не оттѣняетъ научнаго портрета Бентама, не дѣлаетъ его болѣе выпуклымъ и характернымъ.

И это главнымъ образомъ потому, что П. А. Покровскій переоцѣнилъ значеніе Бентама. Для него Бентамъ имѣетъ «громадное, міровое значеніе, какъ философъ права, разсматривающій и рѣшающій правовыя проблемы, исходя изъ опредѣленнаго философскаго міровоззрѣнія, руководясь опредѣленнымъ философскимъ міропониманіемъ, проникающимъ всѣ сочиненія Бентама. Бентамъ, и это надо во избѣжаніе недоразумѣній особенно подчеркнуть—именно философъ права, а не юристъ въ собственномъ смыслѣ слова» (стр. 131).

Но это утвержденіе, идущее вразрѣзъ господствующему въ научной литературѣ мнѣнію, П. А. Покровскому не удалось доказать. Да оно и недоказуемо. Менѣе всего философомъ права былъ Бентамъ. Онъ былъ силенъ не въ области теоретической мысли, а въ практической дѣятельности. Его репутація обусловлена его заслугами въ качествѣ реформатора англійскаго права. Недаромъ современники (напр. Бульверъ) называли его Тезеемъ законодательства. Онъ разрушилъ лицемѣрную легенду о совершенствѣ англійской конституціи и безупречности законодательства. Среди оффиціальнаго оптимизма, оправдывавшаго законодательный застой въ интересахъ правящаго класса, онъ смѣло и неутомимо вскрывалъ вопіющія несправедливости дѣйствовавшей правовой системы, указывалъ на нелѣпыя стѣсненія индивидуальной свободы, разоблачалъ хаосъ и неразбериху законодательства, заключавшаго постановленія различныхъ эпохъ, устарѣвшія, часто безсмысленныя и почти всегда противорѣчивыя, и требовалъ коренныхъ реформъ и немедленной кодификаціи. При этомъ онъ не ограничивался одной только критикой. Онъ выработалъ методъ систематизаціи права и установилъ принципъ, которымъ долженъ руководиться законодатель при усовершенствованіи законовъ. Этотъ принципъ—польза или, иначе говоря, наибольшее счастье наибольшаго числа людей, принципъ, который, при его правильномъ разумѣніи, нельзя не признать совершенно безспорнымъ.

Но при опредѣленіи этого принципа Бентамъ далекъ отъ

Digitized by Google

философской глубины. Онъ формулировалъ его чрезвычайно узко, можетъ быть, приспособляясь къ тѣмъ практическимъ задачамъ по реформѣ дѣйствовавшаго англійскаго законодательства, которыя онъ выдвигалъ, какъ неотложно необходимыя. Такъ или иначе, подъ пользой Бентамъ разумѣлъ удовлетвореніе лишь матеріальныхъ интересовъ, достиженіе физическихъ удовольствій и устраненіе физическихъ страданій. Духовные интересы отъ почти вовсе не принималъ въ расчетъ и въ частности политической свободѣ отводилъ лишь подчиненное мѣсто. Подобное упрощеніе человѣческой природы даже послѣдователи Бентама (напр., Д. С. Милль) считали недопустимымъ и ненаучнымъ.

И П. А. Покровскій признаетъ такой характеръ утилитаризма Бентама недостаткомъ, однако, считаетъ его «неважнымъ для ученія Бентама, взятаго въ цѣломъ» (стр. 575). Онъ допускаетъ даже, что Бентамъ—«совсѣмъ не психологъ» (стр. 573); и тѣмъ не менѣе настаиваетъ, что «главное научное значеніе имѣетъ философско-правовое ученіе Бентама» (стр. 603).

При этомъ онъ, очевидно, упускаетъ изъ виду, что Бентамъ стремился создать, по его собственному утвержденію, «цѣлостную систему права», положивъ въ ея основу «логику воли» (стр. 307—308), т. е. на психологическихъ данныхъ и, слѣдовательно, не могъ сколько-нибудь удовлетворительно рѣшить эту основную свою задачу, разъ онъ былъ «совсѣмъ не психологомъ».

Повидимому, и самъ П. А. Покровскій иногда колеблется въ отстаиваніи своего главнаго тезиса: «Бентамъ—философъ права». По крайней мѣрѣ, на стр. 573 онъ пишетъ: «Бентамъ, прежде всего и больше всего,—юристъ; въ меньшей степени онъ—философъ-моралистъ». Это, однако, не мѣшаетъ П. А. Покровскому все же утверждать, что Бентамъ создалъ «цѣлостную, законченную систему» (стр. 603).

Но его собственное, въ общемъ весьма умѣлое изложеніе доктрины Бентама показываетъ, что цѣлостной системы, и вообще системы у Бентама не было: были отдѣльныя ученія и теоріи, далеко не всегда между собою согласованныя.

Въ частности слѣдуетъ указать, что у Бентама остались внутренно непримиренными: его утилитаризмъ и теорія государственнаго невмѣшательства, а также его утилитаризмъ и демократизмъ. На первое разнорѣчіе обратилъ вниманіе и П. А. Покровскій и постарался его устранить ссылкой на то, что въ проповѣди невмѣшательства Бентамъ никогда не доходилъ до крайностей. По мнѣнію П. А. Покровскаго, нѣтъ даже принципіальной противуположности между бентамизмомъ и коллекти

Digitized by Google

визмомъ (стр. 645). И однако же «be quiet», «let us alone», «all government is in itself one vast evil»—суть лозунги Бентама! Что касается до разнорѣчія между утилитаризмомъ Бентама и его позднѣйшей проповѣдью демократіи, то оно осталось незамѣченнымъ П. А. Покровскимъ. Въ короткой замѣткѣ невозможно раскрыть во всей полнотѣ отмѣченное разнорѣчіе. Но можно указать, что самъ Бентамъ писалъ, когда еще не былъ радикаломъ, что, если исходить изъ абстрактной идеи народнаго представительства, то необходимо придти къ всеобщему голосованію; но, если исходить изъ идеи п о л ь з ы, то право голоса нужно предоставить лишь достойнымъ довѣрія [1]), И съ этимъ нельзя не согласиться, ибо, если задача правительства—наибольшее счастье наибольшаго числа людей, и если счастье понимать такъ, какъ понималъ его Бентамъ, то власть дѣйствительно должна быть сосредоточена въ рукахъ просвѣщеннаго меньшинства.

Отмѣченные недостатки рецензируемаго изслѣдованія отнюдь не мѣшаютъ ему быть весьма полезной книгой, которая даетъ возможность русскому читателю ознакомиться съ достаточной полнотой съ доктриной Бентама. Тѣмъ болѣе приходится здѣсь выразить глубокое сожалѣніе о столь безвременной кончинѣ несомнѣнно талантливаго молодого ученаго.

*В. Устиновъ.*

---

## **Е. Н. Ефимовъ.** Курсъ законовѣдѣнія. Часть I. Элементарныя понятія о государствѣ и правѣ. Москва. 1916. Стр. 128. Цѣна 1 р. 25 к.

Законовѣдѣнію въ Россіи положительно повезло. Послѣ вышедшаго въ прошломъ году превосходнаго учебника по общей теоріи права И. А. Ильина мы имѣемъ новый превосходный учебникъ Е. Н. Ефимова, излагающій эту же, пожалуй, самую трудную для преподаванія въ средней школѣ часть законовѣдѣнія.

При написаніи своей книги авторъ задавался главнымъ образомъ педагогическими заданіями, поэтому въ ней не надо искать новыхъ и оригильныхъ ученій, но ясное и серьезное изложеніе принятыхъ въ наукѣ положеній.

Начинаетъ авторъ съ противопоставленія понятій сущаго и должнаго, излагая этотъ отвлеченный и трудный для учениковъ

---

[1]) B e n t h a m. Principes de législation; т. I; стр. 130.

Digitized by Google

средней школы вопросъ удивительно ясно и прозрачно. Затѣмъ онъ переходитъ къ ученію о формахъ общежитія, дѣлитъ эти формы на историческія и произвольныя, такимъ образомъ подходитъ къ понятію государства и излагаетъ ученіе объ основныхъ элементахъ государства: власти, территоріи и населеніи, останавливаясь болѣе подробно на ученіи объ основныхъ функціяхъ государственной власти и о формахъ государства.

Послѣ всего этого авторъ переходитъ уже къ ученію о соціальныхъ нормахъ и въ частности о правѣ. Право авторъ опредѣляетъ какъ: «совокупность взятыхъ государствомъ подъ свою защиту нормъ общественнаго поведенія, которыя разграничиваютъ сферы индивидуальной свободы лицъ въ обществѣ и тѣмъ обезпечиваютъ возможность ихъ совмѣстнаго существованія». Юридическимъ нормамъ авторъ противополагаетъ не только правила нравственности, «предписывающія человѣку, какъ разумной личности, осуществлять добро и въ дѣйствіяхъ своихъ и въ настроеніяхъ», но и нормы нравовъ, понимая подъ ними «совокупность условныхъ нормъ, опредѣляющихъ поведеніе лица, какъ члена данной соціальной группы». Въ послѣдующихъ главахъ авторъ излагаетъ частные вопросы теоріи права: ученіе объ источникахъ права, объ образованіи, примѣненіи и толкованіи закона, о правѣ въ объективномъ и субъективномъ смыслахъ, о юридическомъ отношеніи, объ объектахъ права и о дѣленіи права на его виды.

При сравнительно небольшомъ объемѣ книги автору удается изложить поразительно много матеріала въ такой ясной и привлекательной формѣ, что это дастъ его учебнику исключительныя педагогическія достоинства.

Къ спорнымъ и вызывающимъ сомнѣнія утвержденіямъ автора относятся: его опредѣленіе права, какъ нормъ, взятыхъ подъ защиту государствомъ. Такое суженіе понятія права едва ли соотвѣтствуетъ господствующимъ въ наукѣ взглядамъ и едва ли оправдывается педагогическими соображеніями. Затѣмъ спорной представляется также выставленная авторомъ трехчленная классификація соціальныхъ нормъ на нормы права, нравственности и нравовъ. Понятіе нравовъ едва ли (если только не суживать понятія права до офиціальнаго) есть самостоятельное понятіе, и всѣ нормы нравовъ, пожалуй, могутъ быть безъ остатка разложены на нормы права и нравственности. Также нѣсколько неяснымъ и не выражающимъ сущности субъективнаго права представляется его характеристика, какъ права, связаннаго съ опредѣленной личностью (стр. 108).

Наконецъ, вызываетъ досаду два недосмотра: на стр. 2, гдѣ

Digitized by Google

изъ текста книги, какъ-будто, можно заключить, что правовой законъ въ отличіе отъ закона природы не совѣтуетъ, а требуетъ (а законъ природы слѣдовательно совѣтуетъ?) и на стр. 33, гдѣ авторъ три раза почему-то называетъ суверенитетъ суверенитетомъ.

Въ общемъ педагогическія достоинства разбираемой книги настолько велики, что ее можно признать образцовымъ учебникомъ по той труднѣйшей части законовѣдѣнія, въ которой излагается общая теорія права. Русскую среднюю школу можно только поздравить съ новой книгой Е. Н. Ефимова и пожелать его учебнику самаго широкаго распространенія.

*Л. Успенскій.*

---

**В. М. Гессенъ.** «Основы конституціоннаго права» — Петроградъ, 1917 г. Изд. Юридич. книжн. склада «Право». Стр. VIII+440. Цѣна 4 руб.

Предъ нами книга, которую съ одинаковымъ вниманіемъ прочтетъ и студентъ, готовящійся къ экзамену по государственному праву, и представитель широкихъ интеллигентныхъ круговъ, интересующійся правовыми вопросами. Не обойдетъ ее своимъ вниманіемъ и спеціалистъ. Главная задача книги—дать обзоръ основныхъ элементовъ конституціоннаго государства, указать ихъ историческую эволюцію, выявить взаимоотношенія между ними. Сообразно съ этой задачей, главнымъ матеріаломъ для книги служитъ исторія различныхъ государственно-правовыхъ институтовъ и идей, дѣйствующее законодательство разныхъ странъ; критика литературныхъ мнѣній занимаетъ въ ней подчиненное мѣсто; наиболѣе «больные» вопросы теоріи конституціоннаго права или вовсе не затрагиваются, или затрагиваются такъ, что совсѣмъ не кажутся больными. Написана книга легкимъ, красивымъ языкомъ, пріобрѣтающимъ особенную выпуклость при формулировкѣ авторомъ своихъ выводовъ и особенную живость при передачѣ имъ характерныхъ историческихъ подробностей.

Исходнымъ пунктомъ для выясненія основъ конституціоннаго права служитъ В. М. Гессену противупоставленіе абсолютной монархіи и монархіи конституціонной. Отличительный признакъ первой онъ усматриваетъ въ недифференцированности въ ней законодательной и правительственной властей и связанной съ этимъ надзаконности правительственной власти; отличительный признакъ второй—въ участіи народа или народнаго представительства въ осуществленіи государственной власти, въ обособленіи властей,—

Digitized by Google

въ подзаконности правительственной власти. Когда дошелъ чередъ до обоснованія народнаго представительства, какъ-то самъ собой выдвинулся вопросъ о народномъ суверенитетѣ. Повидимому, немаловажную роль сыграло здѣсь то обстоятельство, что понятіе представительства авторъ мыслитъ въ его типическомъ частноправовомъ значеніи:—представительство для него есть отношеніе, въ которомъ за волеизъявленіемъ одного лица признается такая же сила и съ нимъ связываются такія же послѣдствія, какъ если бы оно было волеизъявленіемъ другого лица. Какъ и цивилисты, В. М. Гессенъ различаетъ представительство по уполномочію (мандату) и представительство въ силу велѣнія закона. Первое предполагаетъ дѣеспособность, второе недѣеспособность представляемаго лица. Классическая теорія народнаго представительства и ея современные французскіе продолжатели стоятъ на точкѣ зрѣнія «всенароднаго мандата», ошибочно отождествляя избраніе депутатовъ съ делегаціей парламенту законодательныхъ полномочій и не считаясь съ отсутствіемъ между парламентомъ и народомъ какого бы то ни было vinculum juris. Въ дѣйствительности же народное представительство опирается на законъ и въ немъ находитъ свой юридическій титулъ. Слѣдовательно, при народномъ представительствѣ народъ лишь правоспособенъ, но не дѣеспособенъ; а если такъ, то онъ не можетъ быть, значитъ, сувереномъ,—«ибо идея народнаго суверенитета, противополагаемаго суверенитету монарха или аристократическаго меньшинства, предполагаетъ не только правоспособность, но и дѣеспособность; не только обладанье властью, но и осуществленіе ея». Для того же, чтобы въ представительномъ государствѣ сувереномъ являлся народъ, необходимо, чтобы воля народа была юридическимъ титуломъ представительства, а это значитъ, что «только представительство по уполномочію, въ силу порученія или мандата, совмѣстимо съ народнымъ суверенитетомъ». Несовмѣстима съ народнымъ суверенитетомъ и монархическая форма правленія. Это съ полной очевидностью обнаруживается на примѣрѣ бельгійской конституціи 1831 г.; въ ней — классической монархической конституціи, основанной на народномъ суверенитетѣ,—«отъ народнаго суверенитета осталось весьма немного»; «народъ не осуществляетъ дѣйствительнаго суверенитета... производная власть короля ничѣмъ не отличается отъ власти первопачальной». Но примѣръ Бельгіи есть лишь частный случай: — «Основные институты современнаго государства» — говоритъ В. М. Гессенъ общимъ образомъ—«монархическая власть, представительный строй, двупалатная система, даже парламентаризмъ въ его современной органи-

Digitized by Google

заціи стоятъ въ непримиримомъ противорѣчіи съ началомъ народнаго суверенитета».—«Необходима окончательная ликвидація учрежденій, живыхъ и жизнеспособныхъ, — продолжаетъ онъ — для того, чтобы на ихъ развалинахъ могло возникнуть демократическое государство. Никакое политическое предвидѣніе не можетъ для болѣе или менѣе близкаго будущаго такую ликвидацію предсказать». — Впрочемъ, нѣкоторые симптомы демократизаціи основъ современнаго государства уже и теперь налицо. Если конституціи типа бельгійской оставляютъ «весьма немного» мѣста народному суверенитету, то, съ другой стороны, и конституціи, построенныя на монархическомъ принципѣ, все болѣе и болѣе утрачиваютъ свои отличительныя особенности:—народное представительство, разъ оно призвано къ жизни, постепенно завоевываетъ себѣ тѣ права, которыя нѣкогда считались несовмѣстимыми съ монархическимъ принципомъ. Съ этой точки зрѣнія обращаетъ на себя вниманіе процессъ парламентаризаціи конституціонныхъ монархій, расширеніе избирательнаго права, разложеніе двупалатной системы. И что особенно важно, самый духъ современныхъ учрежденій эволюціонируетъ въ демократическомъ смыслѣ: — «нельзя отрицать, что сознательная активность избирателей, непрерывно возрастающая, приближаетъ во многихъ отношеніяхъ современный строй къ непосредственному народовластію». — «Демократическая эволюція государственнаго строя исторически неотвратима»; истинно-демократическое государство будущаго окажется вмѣстѣ съ тѣмъ и государствомъ народнаго суверенитета.

Приведенныя положенія общаго характера лишь намѣчены авторомъ въ его «Основахъ конституціоннаго права», но не развиты и не обоснованы. Они, правда, придаютъ книгѣ извѣстное освѣщеніе, но они же и затемняютъ нѣсколько ея общій планъ и нарушаютъ основной ея—повѣствовательный—тонъ. А благодаря лаконичности своей, они невольно вызываютъ на возраженія.

Невольно кажется, напримѣръ, что какъ скоро автору удалось провести чисто догматическое различіе между абсолютной и конституціонной монархіями, не касаясь идеи народнаго суверенитета, такъ и въ дальнѣйшемъ онъ могъ бы спокойно обойтись безъ нея. Но вотъ въ главѣ, посвященной «теоріи народнаго представительства», онъ рѣшилъ все же сосчитаться съ ней. Разумѣется, и теперь было бы не поздно, если бы цѣлью автора явилось здѣсь выясненіе того, какая внутренняя принципіальная связь существуетъ между фактомъ народнаго представительства и правосознаніемъ, исходящимъ изъ идеи народнаго суверенитета. Тѣмъ самымъ было бы продолжено дѣло обоснованія теоріи кон-



Digitized by Google

ституціоннаго государства, а одновременно и самая идея народнаго суверенитета нашла бы свое опредѣленное систематическое мѣсто. В. М. Гессенъ поступилъ, однако, совершенно иначе. Въ указанной главѣ онъ сосредоточилъ свое вниманіе на этой идеѣ лишь съ той единственной цѣлью, чтобы показать, что между нею и фактомъ народнаго представительства нѣтъ прямого внутренняго взаимоотношенія. Народное представительство можетъ существовать и безъ наличія народнаго суверенитета (какъ оно и существовало до сихъ поръ); оно можетъ существовать и при наличіи его; (это—въ далекомъ будущемъ). Тѣмъ самымъ въ исторіи идей еще разъ оказалось совершеннымъ нѣчто коперниканское: не идея народнаго суверенитета стала отнынѣ обосновывать возможность народнаго представительства, а, наоборотъ, фактъ народнаго представительства и особенно его форма («по закону» или «по уполномочію») сталъ рѣшать судьбу идеи народнаго суверенитета. Идея народнаго суверенитета отнынѣ уже не основа правосознанія современныхъ народовъ, не политическая сила, съ давнихъ поръ проявляющая себя въ опредѣленныхъ политическихъ и правовыхъ результатахъ; а лишь задача для конкретной политики, — своего рода «безконечная задача». Осуществится эта задача, когда осуществится идеалъ непосредственнаго народовластія. Иначе говоря, понятіе народнаго суверенитета и понятіе непосредственнаго народовластія предлагается считать тождественными. Нужно ли, однако, считать ихъ тождественными?

Далѣе, какъ мы знаемъ, согласно ученію В. М. Гессена народное представительство есть представительство по закону, исключающее возможность реализаціи народнаго суверенитета; съ народнымъ суверенитетомъ согласимо лишь представительство по уполномочію. Но зато самъ же онъ настойчиво проводитъ мысль, что народнаго представительства по уполномочію быть не можетъ; для этого нужно, чтобы народъ самъ обладалъ законодательною властью, а онъ ею не обладаетъ. Спрашивается, какъ же быть, въ концѣ концовъ, съ народнымъ суверенитетомъ? И какъ быть съ тѣмъ истинно-демократическимъ государствомъ будущаго, которое создастся лишь вмѣстѣ съ народнымъ представительствомъ по уполномочію, немыслимымъ логически, а слѣдовательно и исторически? Не думаемъ мы, чтобы и основная конструкція народнаго представительства нашего автора, какъ представительства по закону правоспособнаго, но недѣеспособнаго народа, встрѣтила всеобщее признаніе. Недѣеспособный народъ вынужденъ у него все же осуществлять актъ избранія собственныхъ предста-

Digitized by Google

вителей, что весьма плохо уживается и съ понятіемъ недѣеспособности и съ понятіемъ представительства по закону. Впрочемъ, въ одномъ мѣстѣ авторъ самъ мимоходомъ, но рѣшительно разбиваетъ свою теорію недѣеспособнаго народа. Это тамъ, гдѣ онъ конституціонной монархіи противопоставляетъ представительную республику. «Въ представительной республикѣ—говоритъ онъ—законодательная власть принадлежитъ народу; въ конституціонной монархіи ему принадлежитъ участіе въ законодательной власти» [1]). Нужно ли пояснять, какое колоссальное принципіальное различіе между монархіей и республикой устанавливается этимъ короткимъ замѣчаніемъ? Все то обоснованіе, которое на протяженіи книги дано по отношенію къ одной изъ нихъ, можетъ, благодаря нему, совершенно не подойти къ другой. Остается пожалѣть, что приведеннымъ замѣчаніемъ о республикѣ авторъ не только ограничился въ книгѣ, но и попытался даже смягчить его смыслъ [2]).

Есть въ «Основахъ конституціоннаго права» и еще частности, съ которыми трудно согласиться: напр., довольно обычное у автора смѣшеніе юридической и политической точекъ зрѣнія (при обоснованіи правовой природы парламентаризма и при разрѣшеніи вопроса объ его недостаткахъ съ помощью своеобразнаго понятія «здороваго парламентаризма», — при отрицаніи двупалатности англійскаго парламента и въ др. случаяхъ). Но все это именно частности, которыя не должны вліять сколько-нибудь значительно на общее отношеніе русскаго читающаго общества къ новой книгѣ. Цѣль книги—мы уже отмѣтили—дать обзоръ основныхъ устоевъ современнаго конституціоннаго государства, намѣтить ихъ историческую эволюцію и выявить взаимоотношенія между ними. Эту цѣль авторъ осуществилъ съ полнымъ успѣхомъ.

*Ю. Ключниковъ.*

---

**В. А. Гагенъ,** орд. проф. Варшавскаго у-тета. — Учебникъ Административнаго Права. — Ростовъ н/Д. 1916, стр. 233. Ц. 2 р. 50 к.

Книга В. А. Гагена составляетъ замѣтное явленіе въ русской литературѣ административнаго права. Тотъ «отдѣлъ общей части

[1]) Подчеркнуто В. М. Гессеномъ.

[2]) Путемъ установленія различія между принадлежностью власти и ея осуществленіемъ. Ср., однако, его же критику подобнаго противупоставленія въ примѣненіи къ «монархическому принципу», стр. 169—173.



Digitized by Google

этой дисциплины», который одинъ только и составляетъ предметъ рецензируемаго выпуска,—именно, ученіе объ административномъ принужденіи, — ни разу еще, насколько намъ извѣстно, не подвергался у насъ цѣлостному и самостоятельному изслѣдованію. Одно это уже должно привлечь вниманіе къ отмѣчаемому сочиненію. Но и само по себѣ оно обладаетъ значительными достоинствами: богатствомъ изслѣдуемаго матеріала, ясностью изложенія. Тотъ, кто ищетъ свѣдѣній по указанному предмету (въ цѣляхъ учебныхъ или научныхъ), если и будетъ обманутъ, обратившись къ данной книгѣ, неудачнымъ ея заглавіемъ, не будетъ разочарованъ содержаніемъ.

Книга дѣлится на два отдѣла. Первый (гл. 1—6) посвященъ «обычнымъ» формамъ административнаго принужденія: здѣсь разсматриваются административное употребленіе оружія, административная «отсылка», высылка и ссылка, арестъ, надзоръ, принудительное исполненіе. Отмѣтимъ, между прочимъ, удачное терминологическое нововведеніе: «отсылкой» авторъ называетъ принудительное возвращеніе лица, прибывшаго изъ другого государства, когда оно еще находится на пограничной чертѣ.—Второй отдѣлъ (гл. 7—11) излагаетъ въ систематическомъ порядкѣ исключительное положеніе. Во введеніи административное принужденіе опредѣляется какъ примѣненіе «мѣръ, въ которыхъ проявляется власть и могущество современнаго государства и которыя имѣютъ своей задачей понужденіе гражданъ къ исполненію публично-правовыхъ обязанностей».—Изслѣдуемый матеріалъ охватываетъ современное положительное право многихъ странъ: Россіи, Франціи, Англіи, Германской Имперіи (и иногда отдѣльныхъ ея частей), Австріи, Италіи, иногда нѣкоторыхъ другихъ. Историческое освѣщеніе отсутствуетъ почти совершенно, изрѣдка попадаясь какъ-то случайно (71—2; 129), кое-гдѣ и создавая почву для недосмотровъ. Такъ, напр., авторъ упоминаетъ (186) «статьи конституціи 1867 года» (австрійской), забывая, что въ этомъ году изданъ былъ въ Австріи цѣлый рядъ актовъ конституціоннаго значенія. На стр. 114 ссылается на Положеніе объ управленіи земск. хозяйствомъ въ 6 западныхъ губерніяхъ какъ бы на дѣйствующее, не упоминая, что оно отмѣнено указомъ (по 87-й ст.) 14 марта 1911 г. (что тѣмъ болѣе странно, что на предыдущей страницѣ цитируется актъ намного позднѣйшій — Указъ о городовомъ управленіи въ Ц. Польскомъ 17 марта 1915 г.). Недосмотры такого рода, кажется намъ, хоть и не весьма важны, но все же серьезнѣе, чѣмъ чисто терминологическій упрекъ, сдѣланный авторомъ проф. В. Ѳ. Дерюжинскому (49, примѣч.). — Неровность историческаго элемента, разумѣется,

Digitized by Google

есть вопросъ второстепенный; полное отсутствіе его было бы и весьма логично въ сочиненіи, построенномъ на догматической основѣ. Много болѣе важнымъ представляется намъ недостатокъ теоретическаго освѣщенія изслѣдуемыхъ проблемъ. Такъ, мало выяснено самое понятіе административнаго принужденія и его юридическія предпосылки. Въ частности, авторъ совершенно обходитъ вопросъ большой принципіальной важности: можетъ ли администрація принуждать къ исполненію мѣръ, хотя и клонящихся къ благу гражданъ, но не основанныхъ на опредѣленномъ текстѣ закона; и (что смежно съ этимъ) можетъ ли принудительно проводить мѣры, хотя и указанныя въ законѣ, но притомъ въ законѣ, не снабженномъ санкціей. Эти вопросы ставились въ французской юридической литературѣ (къ которой авторъ не проявляетъ вообще значительнаго интереса). Далѣе, отсутствуетъ классификація видовъ ареста. Авторъ, видимо, не знакомъ съ извѣстнымъ изслѣдованіемъ проф. И. Т. Тарасова («Личное задержаніе какъ полицейская мѣра безопасности»): откуда съ пользою для дѣла, онъ могъ бы заимствовать весьма отчетливую классификацію (арестъ полицейскій, предупредительный, предварительный, судебный). Недостаточно выяснено различіе между высылкой и ссылкой (гл. 3). Вмѣстѣ съ этимъ авторъ находитъ нужнымъ отводить цѣлую страницу (174), съ примѣчаніями и цитатами, преніямъ нѣмецкихъ ученыхъ о «трубныхъ звукахъ и барабанномъ боѣ» (при введеніи осаднаго положенія).—Наряду съ теоретическимъ, другое основное возраженіе возникаетъ, уже при бѣгломъ ознакомленіи съ книгой, со стороны систематики. Прежде всего, нѣкоторые изъ разсматриваемыхъ институтовъ едва ли подходятъ подъ данное во введеніи и выписанное у насъ опредѣленіе понятія принужденія: напр., военная цензура, излагаемая весьма подробно (195—202). Можно даже поставить болѣе общій вопросъ: всѣ ли мѣры исключительнаго положенія подходятъ подъ указанное понятіе? и можно ли разсматривать исключительное положеніи какъ «форму» принужденія, соподчиненную другимъ 6 формамъ?—Порядокъ изложенія главъ I-го отдѣла представляется намъ необоснованнымъ; вмѣстѣ съ этимъ, различная система изложенія I и II отдѣловъ вызываетъ повторенія (76 и 187; 92 и 187; 126 и 190).—Изъ отдѣльныхъ пробѣловъ въ деталяхъ отмѣтимъ слѣдующіе. Говоря объ арестѣ по русскому праву, слѣдовало бы упомянуть статьи 10—11 Устава угол. судопр., какъ нѣкоторую гарантію противъ произвольныхъ задержаній, и то ограничительное толкованіе, которое придалъ этой гарантіи Сенатъ въ рѣшеніи Общ. Собранія 25 сентября 1906 г.—Принудительное внесеніе въ смѣту допускается, по французскому праву,

Digitized by Google

не только по отношенію къ коммунальному самоуправленію, какъ указываетъ авторъ (112), но и къ департаменту (зак. 10 авг. 1871 г., ст. 62).

Въ общемъ, книга не только сообщаетъ цѣнныя свѣдѣнія, но и наводитъ на размышленія. Въ каждой странѣ, говоритъ авторъ, сложился свой своеобразный строй принужденія; строй этотъ «отражаетъ на себѣ вліяніе прошлаго страны, ея правового уклада». Характеризуя вкратцѣ два основныхъ типа принужденія—судебный (англійскій) и административный (континентальный), авторъ замѣчаетъ: «Чѣмъ полнѣе и явственнѣе государство осуществляетъ идеалы права, тѣмъ рѣзче сказывается вліяніе судовъ при примѣненіи административнаго принужденія» (5). Все содержаніе книги, поскольку оно касается Россіи, указываетъ намъ, какъ далеки еще мы отъ господства права. Однако, спросимъ мы, возможенъ ли такой строй, при которомъ судебный порядокъ являлся бы единственной формой принужденія? Вѣдь и англо-американская система имѣетъ исключенія. Съ другой стороны, такъ какъ юристу свойственно стремиться къ господству права,—послѣдняя приведенная фраза автора должна быть понимаема, какъ опредѣленное политико-правовое desideratum о желательности порядка предварительной судебной провѣрки, по крайней мѣрѣ, какъ общаго правила,—къ которому и намъ остается присоединиться.

*Пав. Алексѣевъ.*

---

**Бар. Розенбергъ.** Экономія страданій. Общее понятіе наказанія и основные принципы его примѣненія. Петроградъ, стр. 164. Ц. 3 р. 50 коп

Проблемѣ наказанія, можно сказать, повезло въ русской литературѣ. Мы имѣемъ солидные труды проф.: Фойницкаго, Познышева и Жижиленко, всесторонне разрабатывающіе вопросъ о наказаніи. Къ этимъ трудамъ присоединяется и означенное выше произведеніе бар. Розенберга.

Трудъ свой авторъ начинаетъ съ упрека предшествующей литературѣ въ томъ, что она изучала видовое понятіе внѣ связи съ общимъ, т.-е. наказаніе какъ правовое явленіе—не опредѣливъ сначала, что такое вообще наказаніе (стр. 4). Исправляя эту ошибку, бар. Розенбергъ первую часть своего труда посвящаетъ понятію наказанія, наказаніе уже существуетъ, его понятіе не надо создать, а только опредѣлить (стр. 8). Содержанье понятія наказанія, какъ и вообще всякаго понятія нельзя найти

Digitized by Google

въ словоупотребленіи; только при сопоставленіи изслѣдуемаго понятія съ другими мы найдемъ его точныя границы. Такъ кажется автору. Но, спрашивается, какъ мы будемъ сопоставлять изслѣдуемое понятіе съ другими, если мы не опредѣлимъ его предварительно?

Авторъ отрицательно относится къ выдѣленію «видовыхъ» и «родовыхъ» признаковъ. Ему, очевидно, представляется, что здѣсь мы имѣемъ дѣло не просто съ техническимъ пріемомъ, съ вопросомъ удобства, а съ признаніемъ какихъ-то непреложныхъ правилъ, что вотъ такой-то признакъ всегда будетъ родовымъ, такой-то видовымъ. Это на стр. 8, а на стр. 11 авторъ самъ прибѣгаетъ, въ сущности, къ традиціонному пріему выдѣленія родовыхъ и видовыхъ признаковъ; только такую работу, такой пріемъ объясняетъ онъ еще исключительно практическимъ удобствомъ. Какъ будто и до автора не поступали такъ же.

Выдѣляя основные родовые признаки понятія наказанія, авторъ, все время въ непрестанной полемикѣ съ криминалистами (впрочемъ, эрудиція его не изъ обширныхъ: Жижиленко, Таганцевъ, Познышевъ, Листъ—вотъ почти исчерпывающій списокъ) приходитъ къ выводу, что наказаніе—есть причиненіе. Далѣе разъясняется различіе между средствами наказанія и самимъ наказаніемъ. Выясняется понятіе субъекта наказанія, пока только въ той формѣ, что субъектомъ наказанія можетъ быть только живое существо. «Объектомъ наказанія можетъ быть лишь то, что можетъ быть наказано» ([22])—прежде всего люди, затѣмъ юридическія лица и, наконецъ, животныя. Въ дальнѣйшемъ (гл. 3) къ основному признаку присоединяется еще признакъ: наказаніе есть причиненіе страданій. Этотъ свой тезисъ авторъ отстаиваетъ отъ противоположныхъ воззрѣній на наказаніе, какъ на осужденіе, на принужденіе, на зло. Въ концѣ главы утверждается, что наказывать надо, любя ([33]). Наказаніе, поэтому, никакъ не есть зло. Но на стр. 106 мы встрѣчаемъ два догмата, бездоказательнаго принятія коихъ авторъ требуетъ отъ читателя; одинъ изъ этихъ догматовъ гласитъ: причиненіе страданія кому бы то ни было есть зло. Такимъ образомъ, мы встрѣчаемъ явное противорѣчіе въ основныхъ положеніяхъ автора. Онъ не обратилъ вниманія на многоразличное значеніе термина «зло». Гл. 4 содержитъ опредѣленіе понятія преступленія,—сводится это опредѣленіе къ тому, что преступленіе есть наказуемое нарушеніе воли субъекта наказанія. Въ этой же главѣ мимоходомъ рѣшается вопросъ объ опредѣленіи права. Любопытно еще отрицаніе обычнаго дѣленія: дѣйствіе—бездѣйствіе. Оно кажется ав-

Digitized by Google

тору неправильнымъ; онъ замѣняетъ его другимъ: дѣйствіе—состояніе. Врядъ ли такое дѣленіе лучше традиціоннаго. Вѣдь терминъ—преступное состояніе имѣетъ уже свое значеніе и область примѣненія въ наукѣ. Излишне указываетъ, что опредѣленіе преступленія страдаетъ важнымъ недостаткомъ, именно, содержитъ въ себѣ указаніе на наказуемость; оно, въ сущности, ничѣмъ не отличается отъ обычнаго юридическаго опредѣленія.

Причиненіе страданія должно быть цѣлесообразнымъ. Выясненію этого понятія посвящена 5 глава. Послѣ болѣе или менѣе шаблонныхъ возраженій противъ возмездія, бар. Розенбергъ приходитъ къ выводу, что наказаніе есть страданіе, причиняемое для предупрежденія будущихъ нарушеній воли налагающаго наказаніе. Опять-таки, мы видимъ, что особенно новаго и здѣсь нѣтъ. Осталось еще совершенно невыясненнымъ, кого предупреждаетъ наказаніе, т. е. каково отношеніе автора къ общему и частному предупрежденію преступленій. 6 глава трактуетъ о наказаніи, какъ психическомъ воздѣйствіи. Отъ наказанія здѣсь отличаются мѣры соціальной защиты; очевидно, авторъ считаетъ ихъ за мѣры физическаго воздѣйствія (68—9). Не думаю, чтобы такое различіе было правильнымъ. Не всѣ мѣры соціальной защиты сводятся къ той или другой формѣ матеріальнаго воздѣйствія. На стр. 89 мы встрѣчаемъ нѣкоторыя черты вліянія на автора извѣстной теоріи Фейербаха, вообще какъ-будто за послѣднее время начинающей пріобрѣтать сторонниковъ (напр., Фернекъ, Гопфнеръ). И въ этой главѣ мы находимъ въ изобиліи полемику съ другими авторами. Отмѣтимъ любопытный пассажъ на стр. 104, гдѣ въ послѣдователи Листа зачисляются... Таганцевъ и Фойницкій.

Наказаніе опредѣляется, въ концѣ концовъ, авторомъ какъ причиненіе страданій вслѣдствіе нарушенія воли субъекта причиненія страданій съ цѣлью предупредить будущія нарушенія его воли посредствомъ угрозы страданіемъ (105). Нѣтъ, мнѣ кажется, нужды останавливаться на детальной оцѣнкѣ этого опредѣленія. Оно представляетъ собой тысячу первый перефразъ обычнаго опредѣленія наказанія, и, какъ показываетъ все предыдущее изложеніе автора, построено на матеріалѣ юридическомъ. Иначе вся полемика съ Листомъ, Таганцевымъ, Жижиленко была бы безсмысленна. Вѣдь они трактуютъ только о «правовомъ» наказаніи, а не о наказаніи вообще.

Переходя, затѣмъ въ гл. 8 къ выясненію основныхъ принциповъ примѣненія наказанія, авторъ, сверхъ уже знакомой намъ аксіомы на стр. 106 провозглашаетъ другую: всякое зло допу-

Digitized by Google

стимо для избѣжанія бо́льшаго зла, если нѣтъ лучшихъ средствъ его избѣжать. Нѣтъ возможности утверждать, что эти аксіомы составляютъ собственность автора. Достаточно взять хотя бы учебникъ пр. Познышева, чтобы найти ихъ тамъ. Въ этой главѣ авторъ расправляется съ понятіями вмѣняемости, виновности и т. под. Вина—это ненужный балластъ. Разсужденія о покушеніи ничего оригинальнаго и новаго не представляютъ; какъ разъ въ этихъ областяхъ принципъ экономіи наказаній примѣняется уже давно. Любопытнѣе примѣненіе принципа экономіи страданій къ рѣшенію вопроса объ отвѣтственности юридическихъ лицъ (123); тутъ экономія страданій для преступниковъ превращается въ экономію усилій и расходовъ для карающихъ. Заканчивается книга главой II-ой—о примѣненіи общихъ принциповъ при выборѣ мѣры наказанія. Тутъ опять встрѣчаетъ читателя изгнанное-было понятіе вмѣняемости и т. д.

Переходя къ оцѣнкѣ книги, слѣдуетъ сказать, что она не представляетъ особо цѣннаго вклада въ литературу. Мы находимъ въ ней, правда, нѣкоторыя интересныя мысли (напр., о различіи самаго понятія наказанія и его средствъ); но вся она носитъ характеръ, такъ-сказать, диллетантскаго труда; нельзя рѣшать основные вопросы не только уголовнаго права, но и общей теоріи права, какъ это дѣлаетъ авторъ, на двухъ-трехъ страницахъ. Конструкція бар. Розенберга мало оригинальна. Непріятно поражаетъ нѣсколько высокомѣрный тонъ по отношенію къ предыдущимъ работникамъ на той же нивѣ. Противорѣчія нѣкоторыя нами отмѣчены; при желаніи можно бы указать еще другія. Цѣна книги—3 р. 50 коп. чрезмѣрна даже и для нашего времени всеобщей дороговизны.

*І. Аносовъ.*

---

**Вл. В. Карпека.** Пассивная легитимація въ rei vindicatio классическаго римскаго права. Кіевъ, 1915, VI+275 стр.

Авторъ избралъ себѣ сравнительно не легкую тему. Его задачу облегчило то обстоятельство, что нѣсколько времени тому назадъ вышла въ свѣтъ прекрасная работа Siber'a «Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von Aktionenkonkurrenz» (Leipzig, 1907).

До появленія книги Зибера, господствующее мнѣніе сводилось къ слѣдующему. Не дѣлая различія между классическимъ и Юсти-

Digitized by Google

ніановымъ правомъ, оно считало пассивно легитимированными въ rei vindicatio слѣдующихъ лицъ: 1) владѣльца 2) детентора и 3) т. наз. ficti possessores, подъ которыми подразумѣвались is qui ante litem contestatam dolo malo possidere desiit, и is qui liti se optulit. Glück, Gesterding и Emminghaus держались, впрочемъ, того мнѣнія, что только юридическій владѣлецъ отвѣчалъ по rei vindicatio. Они также не различаютъ классическаго и Юстиніанова права и потому приходятъ къ невѣрной оцѣнкѣ и произвольному толкованію источниковъ.

Зиберъ допускаетъ отвѣтственность простого детентора въ классическомъ правѣ принципіально лишь тогда, когда онъ получалъ спорную вещь не отъ собственника-истца, но отъ третьяго лица; если же его право основывалось на контрактѣ съ самымъ истцомъ (напр., на ссудѣ, поклажѣ, наймѣ и т. д.), то давался только искъ изъ контракта. Пресловутый unus casus institutionum заключается, по мнѣнію Зибера, въ виндикаціи собственника противъ узуфруктуарія, не представившаго cautio usufructuaria. Здѣсь допускалась rei vindicatio противъ детентора въ видѣ исключенія за неимѣніемъ иска изъ контракта. Заключительныя слова fr. q D. de rei vind. 6, 1 (puto autem ab omnibus qui tenent et habent resfituendi facultatem, peti posse) Зиберъ считаетъ интерполированными: такого общаго правила, что всякій детенторъ отвѣчаетъ по rei vindicatio, Ульпіанъ не зналъ и не могъ выставлять. Между тѣмъ Юстиніаново право знало—съ этимъ и Зиберъ соглашается—безусловную отвѣтственности детентора по rei vindicatio. Отвѣтственности по rei vindicatio того, qui dolo malo possidere desiit, по мнѣнію Зибера, классическіе юристы, за исключеніемъ Павла и Марціана, не знали. Она допускалась только въ компиляціи Юстиніана. Что касается отвѣтственности того, qui liti se optulit, то Зиберъ считаетъ ее, очевидно, достояніемъ классическаго права.

Перейдемъ послѣ этихъ вступительныхъ замѣчаній къ разбору работы г. Карпеки. Она распадается на введеніе и двѣ главы. Во введеніи авторъ знакомитъ насъ съ занимающей его проблемой. Въ первой главѣ онъ трактуетъ о пассивной легитимаціи владѣльца и детентора въ rei vindicatio. Мнѣніе Зибера отвергается и принимается господствующее ученіе, отстаиваемое еще глоссою, также для классическаго права. Это мнѣніе, какъ мы уже видѣли, заключалось въ томъ, что rei vindicatio могла быть предъявляема какъ къ владѣльцу, такъ и къ детентору, причемъ считалось безразличнымъ, держалъ ли детенторъ вещь alieno nomine или nomine actoris. Такимъ образомъ, мнѣніе Зибера, что rei vindicatio въ классическомъ правѣ не конкуррировала съ исками изъ контрактовъ, признается авторомъ

Digitized by Google

неправильнымъ. Unus casus institutionum (§ 2 Inst. de act. 4, 6: sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunus apparebit) подвергается обстоятельному изслѣдованію. Авторъ приходитъ къ выводу, что мнѣніе глоссы, нашедшее горячаго защитника въ лицѣ Fritz'a, вполнѣ правильно. По этому мнѣнію unus casus institutionum состоялъ въ томъ, что собственникъ, будучи самъ владѣльцемъ, имѣлъ rei vindicatio противъ детентора, державшаго отъ его имени вещь. Этотъ случай, по ученію глоссы, Фрица и г. Карпеки, является отнюдь не единичнымъ, но составляетъ общее правило римскаго права, обнимавшее всѣ случаи, когда кто-либо является детенторомъ отъ имени виндиканта, напр. въ качествѣ депозитарія, коммодатарія, нанимателя, арендатора, узуфруктуарія и пр.

Глава вторая посвящена вопросу объ отвѣтственности т. наз. ficti posessores въ rei vindicatio. Что касается отвѣтственности того, qui dolo malo possidere desiit, то г. Карпека, основываясь на изслѣдованіяхъ Beseler'a, Grademvitz'a и Lenel'я, считаетъ его пассивную легитимацію въ rei vindicatio нововведеніемъ Юстиніанова права. Въ классическомъ правѣ такой владѣлецъ отвѣчалъ или по actio ad exhibendum или по interdictum quem fundum, смотря по тому, шла ли рѣчь о движимостяхъ или недвижимостяхъ какъ предметѣ виндикаціи. Относительно отвѣтственности того, qui liti se optulit, г. Карпека всецѣло присоединяется къ мнѣнію Ленеля, согласно которому этотъ fictus possessor при rei vindicatio классическаго права не былъ пассивно легитимированнымъ. Однако, онъ отвѣчалъ по процессуальной cautio ex clausula doli, тогда какъ въ правѣ Юстиніановомъ его отвѣтственность была непосредственно связана съ самою rei vindicatio.

Мы въ общемъ раздѣляемъ выводы, къ которымъ пришелъ г. Карпека въ изложенной нами второй главѣ, но расходимся съ нимъ въ оцѣнкѣ fr. 52 D. de rei vind. 6,1 съ точки зрѣнія классическаго права. Мы полагаемъ, что въ этомъ фрагментѣ Юліанъ первоначально утверждалъ, что наслѣдники того, qui ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, обязаны принимать на себя iudicium ex clausula doli, такъ какъ они отвѣтственны также за dolus умершаго (arg. fr. 121 § 3 D. de verb. obl. 45, 1 и fr. 19 pr. iud. solv. 46, 7), а не только за свой dolus, какъ думаютъ Ленель и авторъ.

Возвращаясь къ первой главѣ работы, мы видимъ, что авторъ по вопросу объ отвѣтственности детентора отвергаетъ мнѣніе Зибера и становится на точку зрѣнія господствующаго ученія. Хотя онъ и признаетъ, что въ цѣломъ рядѣ мѣстъ, имѣющихъ своимъ пред-

Digitized by Google

метомъ rei vindicatio, явно выражено то предположеніе, что отвѣтчикъ является владѣльцемъ спорной вещи, но онъ все же находитъ, что въ классическомъ правѣ эти случаи, будучи «типичными», не исключаютъ возможности предъявленія rei vindicatio также къ детентору. Затѣмъ онъ толкуетъ слово posssidere, по примѣру Ленеля и др., въ двоякомъ смыслѣ: въ строго техническомъ и болѣе широкомъ, охватывающемъ также детентора. Далѣе онъ подчеркиваетъ, что заключительныя слова fr. q D. de rei vind. 6, 1 принадлежатъ несомнѣнно самому Ульпіану, а не компиляторамъ, какъ полагаютъ другіе. Наконецъ, авторъ утверждаетъ, что въ римскомъ правѣ rei vindicatio и actio ad exhibendum были уравнены по вопросу о пассивной легитимаціи. Разъ actio ad exhibendum направлялась также противъ детентора, то изъ этого слѣдуетъ то же самое для rei vindicatio.

Г. Карпека слишкомъ упрощаетъ свою задачу, считая всѣ мѣста Corpus iuris, относящіяся къ поссивной легитимаціи владѣльца и детентора при rei vindicatio или при actio ad exhibendum, подлинными. Такимъ образомъ, конечно, получается полное согласіе между классическимъ и Юстиніановымъ правомъ. Намъ вопросъ о подлинности этихъ мѣстъ представляется не безспорнымъ. Всестороннее изученіе настоящей проблемы привело насъ къ убѣжденію, что мы здѣсь имѣемъ дѣло съ цѣлымъ рядомъ систематическихъ интерполяцій. Онѣ не всегда могутъ быть доказаны воочію, но общее впечатлѣніе, получаемое отъ источниковъ, подтверждаетъ это предположеніе. Разсмотримъ наиболѣе важныя мѣста, на которыя опирается авторъ.

Начнемъ съ fr. 7 pr. и fr. 12 D. usuf. quem. cav. 7,9. Въ обоихъ мѣстахъ традиція, какъ способъ установленія ususfructus, вызываетъ большія сомнѣнія. Она съ классическимъ правомъ несовмѣстима. Правда, оба мѣста должны быть приведены въ связь съ третьимъ, но отнюдь не съ fr. 33 in fine de rei vind. 6,1, какъ утверждаетъ авторъ. Третій фрагментъ, который я имѣю въ виду и который до сихъ поръ никѣмъ использованъ не былъ, мы находимъ въ fr. 3 § 4 D usuf. quem. cav. 7,9, Относящіяся сюда слова гласятъ: sibi prospicere alia cautione debet: quod etsi non fecerit,nihilo minus in rem actione uti potest. Зачѣмъ же призывъ къ предусмотрительности, если имѣется въ распоряженіи еще rei vindicatio? Заключительныя слова (quod—potest) несомнѣнно прибавлены компиляторами. Употребленіе безцвѣтнаго facere по отношенію къ предыдущему является стилистическою особенностью компиляторовъ. По существу въ пользу интерполяціи во всѣхъ трехъ приведенныхъ мною фрагментахъ говоритъ еще слѣдующее. Въ классическомъ правѣ, собственно

Digitized by Google

говоря, не было здѣсь надобности въ rei vindicatio, потому что тотъ случай, что cautio usufructuaria не представлялась, врядъ ли когда-либо могъ произойти. Вѣдь, она вынуждалась преторомъ тѣмъ, что искъ, направленный на предоставленіе ususfructus, не давался до тѣхъ поръ, пока cautio не была представлена. Въ Юстиніановомъ правѣ дѣло обстояло иначе. По нѣкоторымъ даннымъ принудительный аппаратъ здѣсь или вовсе не функціонировалъ или во всякомъ случаѣ функціонировалъ менѣе интенсивно. Наконецъ, неправоподобно и то, чтобы Прокулъ въ fr. 7 pr. D. h. t. могъ допустить rei vindicatio противъ узуфруктуарія, т. е. противъ детентора, тогда какъ Пегазъ, прокуліанецъ, въ fr. 9 D. de rei vind. 6,1 высказалъ противоположное мнѣніе. Къ тому же есть фрагментъ, въ которомъ тотъ же Прокулъ по поводу случая виндикаціи, предполагаетъ въ качествѣ отвѣтчика именно владѣльца (fr. 36 de pact. 2,14).

Въ fr. 9 D. de rei vind. 6, 1 Зиберъ и Безелеръ считали заключительныя слова (puto—posse) интерполированными. Мы не можемъ не согласиться съ ними. Подобное широкое обобщеніе въ устахъ классическаго юриста немыслимо, между тѣмъ какъ оно сплошь и рядомъ практикуется компиляторами.

Что касается fr. 3 § 15 D. ad exhib. 10,4, то Beseler, Riccobono и Albertario считаютъ его съ полнымъ основаніемъ интерполированнымъ.

Въ fr. 8 § 3 D. de opt. leg. 33,5 ясно выражено, что легатарію, при legatum optionis, обезпечена возможность выбора одного изъ нѣсколькихъ, депонированныхъ наслѣдодателемъ, предметовъ только такимъ образомъ, чтобы наслѣдникъ предъявлялъ actio depositi. Это и подтверждаетъ наше предположеніе, что классическій юристъ могъ говорить только объ actio ad exhibendum, направленной противъ наслѣдника, а не противъ депозитарія. Несмотря на авторитетъ Ленеля, мы должны по вопросу о пассивной легитимаціи при actio ad exhibendum отдать предпочтеніе мнѣнію Безелера, что въ классическомъ правѣ отвѣчалъ только владѣлецъ.

Въ c. 8 pr. C. ad exhib. 3,42 интерполяція не можетъ быть точно установлена. Однако, слова adversus tenentem ad exehibendum vel vindicatione uti potes слѣдуетъ считать крайне подозрительными. Прежде всего, требованіе предъявленія вещи предшествуетъ виндикаціи, слѣдовательно имѣетъ по отношенію къ ней подготовительное значеніе. Это не вяжется со словомъ «vel», указывающимъ скорѣе на конкуррирующій искъ. Поражаетъ также отсутствіи слова actio въ наименованіи actio ad exhibendum. Наконецъ, частица «vel» въ устахъ компиляторовъ болѣе обычна, чѣмъ частица «aut».

Digitized by Google

Изъ fr. 27 D. de pign. act. 13,7 авторъ безъ достаточнаго основанія выводитъ rei vindicatio противъ детентора (sc. nomine actoris).

c. 1 C. дер. 4,34 (=coll. 10, 8) также ровно ничего не доказываетъ въ пользу мнѣнія г. Карпеки. Правда, здѣсь даются, наряду съ actio depositi, также actio ad exhibendum и rei vindicatio, но—это слѣдуетъ особенно подчеркнуть—упомянутые иски даются противъ наслѣдника, имѣющаго вещи in potestate. Patestas, однако, означаетъ только владѣніе, а не держаніе. Такъ, мы можемъ съ достовѣрностью утверждать, что при поксальныхъ искахъ potestas господина отождествлялась съ владѣніемъ его рабомъ. Кромѣ того мы имѣемъ въ источникахъ случай, гдѣ прямо сказано, что кабанъ, попавшій въ капканъ, считается оккупированнымъ лишь тогда, когда установлена potestas, т. е. послѣдовало завладѣніе (fr. 55 D de adquir. rer. dom. 41,1).

Въ fr. 5 § 1 D. ad exhib. 10, 4 какъ-будто Юліаномъ допускалась actio ad exhibendum противъ простого детентора. Однако, это мѣсто несомнѣнно интерполировано. Какъ могъ Юліанъ, который такъ отчетливо различалъ possidere—встрѣчающееся даже въ самой формулѣ actio ad exhibendum—и tenere (fr. 2 pr. D. pro her. 41,5). въ цитированномъ мѣстѣ, вопреки своему обыкновенію, подразумѣвать подъ possidere также детенцію? Такое толкованіе было бы несправедливостью по отношенію къ знаменитому юристу.

Приведенныя нами интерполяціи имѣютъ свою причину въ общемъ, до сихъ поръ еще не сознанномъ, фактѣ, что классическое понятіе possessio въ Юстиніановомъ правѣ стало болѣе растяжимымъ и нѣсколько потускнѣло. Юстиніаново понятіе possessio обнимало также детенцію въ смыслѣ естественнаго владѣнія. Наглядно свидѣтельствуютъ объ этой эволюціи понятія владѣнія выраженія, какъ quasi possessio, iuris possessio, naturalis possessio. Когда употребляются эти выраженія, мы находимся въ фарватерѣ Юстиніановой терминологіи. Обезцѣненіе классическаго понятія владѣнія мы можемъ прослѣдить не только при rei vindicatio, actio ad exhibendum и hereditatis petitio, поскольку рѣчь идетъ о пассивной легитимаціи, но также въ ученіи объ интердиктахъ и преторскихъ missiones. Я надѣюсь въ другой связи еще вернуться къ этому вопросу.

И другія соображенія заставляютъ насъ отвергнуть мнѣніе г. Карпеки. Если не ошибаемся, противъ него говоритъ также конституція Константина о nominatio auctoris. По ней detentor alieno nomine, который назоветъ своего auctor'a, не долженъ отвѣчать по rei vindicatio. Эта конституція врядъ ли создала но-

Digitized by Google

вое право, но должна стоять въ генетической связи со старымъ правомъ. Далѣе, translatio possessionis, которая въ классическомъ правѣ осуществлялась посредствомъ interdicta quem fundum и quam hereditatem, разсматривалась прежде всего какъ средство защиты истца въ случаѣ нежеланія владѣющаго отвѣтчика вступить въ процессъ, а не разсчитана на простого детентора. Нормировка пассивной легитимаціи при actio in rem per sponsionem также способна подорвать мнѣніе г. Карпеки. Укажемъ на достаточно обоснованную гипотезу, что въ ней deductio quae moribus fit служила цѣли пассивной легитимаціи. Она совершалась будущимъ отвѣтчикомъ и содержала въ себѣ признаніе его владѣнія и тѣмъ самымъ также пассивной легитимаціи. Можно, слѣдовательно, считать безспорнымъ, что при actio in rem per sponsionem объ отвѣтственности детентора говорить не приходится. Почему же допустить иную пассивную легитимацію при actio in rem per formulam petitoriam?

Наконецъ, намъ хотѣлось бы сдѣлать два возраженія догматическаго характера противъ мнѣнія г. Карпеки. Если бы, на ряду съ владѣльцемъ, отвѣчалъ по rei vindicatio также детенторъ, какъ юристы могли по вопросу объ отвѣтственности разграничить b. f. possessor и m. f. possessor? Такое разграниченіе, казалось бы, не оставляетъ мѣста для отвѣтственности еще и простого детентора. Затѣмъ, если на самомъ дѣлѣ въ классическомъ правѣ rei vindicatio конкуррировала бы съ исками изъ контрактовъ, то существенно различная отвѣтственность депозитарія и коммодатарія съ предъявленіемъ rei vindicatio сводилась бы нанѣтъ. Къ тому же возможность конкурренціи rei vindicatio съ исками изъ контрактовъ была бы, при индивидуальномъ характерѣ римской actio и сдержанномъ отношеніи юристовъ къ кумуляціи исковъ, мало вѣроятной. Иначе обстояло дѣло въ Юстиніановомъ правѣ.

Прежде чѣмъ закончить разборъ настоящей работы, позволю себѣ прибавить еще нѣсколько словъ объ unus casus institutionum. Изъ сказаннаго нами по вопросу о пассивной легитимаціи при rei vindicatio вытекаетъ само собою наше отношеніе къ unus casus. Онъ, на нашъ взглядъ, совершенно не укладывается въ классическомъ правѣ. Въ § 2 Inst. de act. 4, 6 предложеніе «sane apparebit» должно считать интерполированнымъ, тѣмъ болѣе, что употребленіе «sane», какъ соединительной частицы, характерно для компиляторовъ. Толкованіе unus casus голоссою мы можемъ признать правильнымъ только съ точки зрѣнія Юстиніанова права. Въ fr. 5 § 1 D. ad exhib. 10, 4 компиляторы,

Digitized by Google

очевидно, имѣли въ виду unus casus въ его примѣненіи къ actio ad exhibendum по аналогіи.

Хотя мы съ мнѣніемъ автора въ первой и болѣе обширной главѣ согласиться не могли, но мы все же смотримъ на его работу, какъ на отрадное явленіе Она свидѣтельствуетъ о большомъ интересѣ къ римскому праву, объ эрудиціи и объ основательномъ знакомствѣ автора съ литературою. Но что касается анализа источниковъ, то авторъ не стоитъ на должной высотѣ. Это часто даетъ себя чувствовать и преграждаетъ ему путь къ болѣе глубокóму проникновенію и самостоятельному сужденію. Если, какъ мы пытались доказать, разсужденія автора въ первой главѣ невѣрны, то причина этой неудачи лежитъ отчасти въ томъ, что пассивная легитимація при rei vindicatio имъ разсмотрѣна въ слишкомъ узкихъ рамкахъ.

*Б. Фрезе.*

---

Издатель: Юридическое Общество
при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Редакторъ *Б. А. Кистяковскій.*

Digitized by Google

Совѣтъ Московскаго Юридическаго Общества и редакціонный комитетъ «Юридическаго Вѣстника» считаютъ своимъ долгомъ принести искреннюю благодарность А. Ф. Дерюжинскому, И. А. Кистяковскому, Н. В. Тесленко и А. Л. Форштетеру, оказавшимъ матеріальную помощь при изданіи «Юридическаго Вѣстника» въ 1916 году и тѣмъ послужившимъ на пользу отечественной наукѣ; причемъ считаютъ нужнымъ особенно отмѣтить щедрыя пожертвованія со стороны И. А. Кистяковскаго и А. Л. Форштетера, давшія возможность продолжать изданіе журнала и въ нынѣшнее трудное время.

---

Digitized by Google

Digitized by Google

5-й ГОДЪ ИЗДАНІЯ **ОТКРЫТА ПОДПИСКА на 1917 г.** 5-й ГОДЪ ИЗДАНІЯ

на

# ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ,

**ЖУРНАЛЪ МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА,**

**ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ**

**ПЕТРОГРАДСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА, ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ НАУКЪ,**

Подъ общей редакціей **Б. А. КИСТЯКОВСКАГО.**

Ближайшее участіе въ редакціи принимаютъ:

**Н. Г. Вавинъ. М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. А. Каблуковъ, И. А. Кистяковскій, Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, С. А. Котляревскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, І. А. Покровскій, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій**

Въ вышедшихъ въ 1913, 1914 и 1915 гг. книжкахъ журнала, въ числѣ прочихъ, были помѣщены слѣдующія статьи:

**Б. А. Кистяковскій** Наши задачи.—Его же. Кризисъ юриспруденціи и дилетантизмъ въ философіи.—**П. И. Новгородцевъ.** Современное положеніе проблемы естественнаго права.—Его же. Психологическая теорія права и философія естественнаго права.—**Л. І. Петражицкій.** Къ вопросу о соціальномъ идеалѣ и возрожденіи естественнаго права.—**І. А. Покровскій.** Сила или право?—Его же. Ирраціональное въ области права.—Его же. «Эросъ и эпосъ» въ политикѣ.—**С. М. Роговинъ.** Суверенитетъ государства и суверенитетъ права. Къ теоріи познанія права.—**А. Л. Сакетти.** Государство и народность.—Его же. Право и наука права.—**Е. В. Спекторскій.** Философія и юриспруденція.—Его же. Къ столѣтію исторической школы въ правовѣдѣніи.—Его же. Номинализмъ и реализмъ въ общественныхъ наукахъ.—Его же. Теорія солидарности.—**Л. В. Успенскій.** О дружбѣ, какъ о добродѣтели политической. Къ вопросу о соціальной солидарности.—**А. А. Мануиловъ.** Къ вопросу о предметѣ и характерѣ теоретической экономіи.—**Р. М. Орженцкій.** Къ вопросу о природѣ хозяйственныхъ явленій и методѣ ихъ изученія.—**А. С. Алексѣевъ.** Происхожденіе чрезвычайно-указнаго права и его политическое значеніе.—Его же. Реставрація Бурбоновъ и конституціонные акты, предшествовавшіе хартіи 1814 года.—Его же. Манифестъ 17 октября 1905 г. и политическое движеніе, его вызвавшее.—**Н. Н. Алексѣевъ.** Военный плѣнъ и международное право.—**П. И. Алексѣевъ.** Отвѣтственность государства за чиновниковъ.—Его же. Чиновники и политика.—**П. М. Богаевскій**—Красный Крестъ въ главныхъ моментахъ его жизни.—**М. Б. Горенбергъ.** Юридическое значеніе манифеста 17 октября 1905 г.—**Н. В. Давыдовъ** Л. Н. Толстой и Судъ.—**Ю. В. Ключниковъ.**—Воздухоплаваніе и международное право.—**В. В. Ивановскій.** Политико-культурное значеніе манифеста 17 октября 1905 года.—**М. М. Ковалевскій.** Преемственность или прерывистость законодательныхъ работъ.—**Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ.** Юридическая природа манифеста 17-го октября.—Его же. Изъ воспоминаній объ А. С. Алексѣевѣ.—**С. А. Котляревскій.** Сущность парламентаризма.—**С. А. Корфъ.** Конституція Невшателя 1814 г.—Его же. Понятіе суверенитета.—Его же. Реформа Сената.—Его же. Л. Мехелинъ.—**А. М. Кулишеръ.** Защита субъективныхъ публичныхъ правъ посредствомъ иска.—Его же. Государственное единство Англіи и гомруль.—**А. М. Ладыженскій.** Кризисъ понятія нейтралитета.—Его же. Военное занятіе непріятельской земли.—**Я. М. Магазинеръ.** Юридическое значеніе манифеста 17 октября 1905 г.—**А. Н. Нерсесовъ.** Нейтрализованныя государства.—**Н. И. Палієнко.** Правовое значеніе манифеста 17 октября 1905 г.—**Н. Н. Соколовъ.** Манифестъ 17 октября и право запросовъ.—**Б. Е. Шацкій.** Конституціонный кризисъ въ Соединенныхъ Штатахъ.—**Б. П. Базилевъ.** Тѣлесныя



Digitized by Google

наказанія по русскому дѣйствующему праву.—**П. И. Люблинскій.** Публичная защита въ уголовномъ процессѣ.—**Его же.** Понятіе наказанія.—**Его же.** Военный судъ въ Англіи.—**Н. Н. Полянскій.** Къ вопросу о правѣ частныхъ лицъ на субсидіарное обвиненіе.—**Его же.** Споръ о будущей орієнтаціи русской науки уголовнаго права.—**Его же.** Споръ о юридической природѣ уголовнаго процесса. **Его же.** Судъ въ правовомъ государствѣ и наука уголовнаго процесса.—**М. П. Чубинскій.** Истребленіе плода и проблема его наказуемости.—**Его же.** Юбилей судебныхъ уставовъ и его отраженіе въ литературѣ.—**Его же.** Профессоръ И. Я. Фойницкій.—**Его же.** Памяти Е. Д. Синицкаго.—**Его же.** Памяти криминалиста новатора проф. А. А. Піонтковскаго.—**В. Н. Ширяевъ.** Понятіе должностнаго преступленія.—**М. И. Брунъ.** Коллизіонныя нормы въ юриспруденціи XIV—XX вв. о состояніи лица.—**П. И. Беляевъ.** Слѣды первобытныхъ представленій о природѣ и человѣкѣ въ исторіи гражданскаго права.—**Его же.** Холопство и долговыя отношенія въ древнемъ русскомъ правѣ.—**А. Э. Вормсъ.** Законъ и обычай въ наслѣдованіи у крестьянъ.—**Его же.** Проэкты закона о наслѣдованіи въ крестьянскихъ земляхъ.—**Д. М. Генкинъ.** Относительная недѣйствительность сдѣлокъ.—**Его же.** А. В. Завадскій.—**А. М. Долматовскій.** Юридическая природа найма имуществъ.—**А. В. Завадскій.** Къ юридической сторонѣ спора между графинями А. Л. и С. А. Толстыми о рукописяхъ Л. Н. Толстого.—**Его же.** П. П. Цитовичъ. Краткая характеристика его научной дѣятельности.—**Его же.** По поводу юбилея сенатора В. Л. Исаченко.—**Д. М. Мейчинъ.** Русская правда XI вѣка.—**А. Н. Пареного.** Гражданскіе отвѣтчики за подсудимыхъ въ уголовномъ судѣ.—**С. Е. Сабининъ.** Къ вопросу о значеніи юриспруденціи въ римскомъ правѣ.—**Бар. А. А. Симолинъ.** Два вопроса изъ области авторскаго права.—**В. И. Синайскій.** Первыя страницы русскаго законопроекта обязательства о правѣ въ сравненіи съ германскимъ и швейцарскимъ уложеніемъ.—**Его же.** Война и особенныя завѣщанія.—**Его же.** Эвакуація въ современномъ русскомъ правѣ.—**Л. С. Таль.** Проблема власти надъ человѣкомъ въ гражданскомъ правѣ.—**Его же.** Юридическая природа организаціи или внутренняго порядка предпріятія.—**А. Н. Филипповъ.** «Русская Правда» въ изслѣдованіи нѣмецкаго ученаго.—**Его же. М. М. Ковалевскій,** какъ изслѣдователь обычнаго права.—**Т. М. Яблочковъ.** Формы «спора» и «неоспаривания» въ гражданскомъ процессѣ.—**Его же.** Субсидіарное условіе и бремя доказыванія.—**А. Э. Вормсъ.** Профессоръ Г. Ф. Шершеневичъ, какъ коммерсіалистъ.—**Б. П. Вышеславцевъ.** В. А. Савальскій.—**Е. Н. Ефимовъ.** А. Ф. Кистяковскій и его научное наслѣдіе.—**И. А. Кистяковскій.** Г. Ф. Шершеневичъ какъ цивилистъ.—**Ѳ. В. Тарановскій.** Памяти М. Ф. Владимирскаго-Буданова. Опытъ историографической характеристики.—**А. Н. Фатѣевъ.** М. М. Сперанскій. Къ 80-лѣтію вступленія въ силу Свода законовъ.—**Ник. К. Кекуатовъ.** Земскія товарищества по закону 1906 г.—**Его же.** Союзъ и товарищества.—**Н. В. Давыдовъ.** Юридическое Общество, состоящее при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ,—и др.

**Приложенія:** Протоколы засѣданій Юридическаго Общества при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ, Протоколы засѣданій Юридическаго Общества при Императорскомъ Казанскомъ Университетѣ и Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ.

**Юридическій Вѣстникъ** выходитъ четыре раза въ годъ: въ февралѣ, въ апрѣлѣ, октябрѣ и декабрѣ—книгами размѣромъ отъ 10 до 12 печатныхъ листовъ. Адресъ редакціи: Москва, Пречистенка, Б. Левшинскій п., д. № 13 кв. 8.

*Оставшіеся въ небольшомъ количествѣ комплекты „Юридическаго Вѣстника" за 1913, 1914 и 1916 годы продаются по 8 рублей. Нѣсколько оставшихся годовыхъ комплектовъ за 1915 г. продаются по 10 р. за комплектъ.*

**Подписная цѣна** на 1917 годъ.—8 рублей, на полгода—4 рубля съ пересылкою и доставкою. Цѣна каждой книги въ отдѣльной продажѣ 2 р. 50 к. Подписка принимается въ конторѣ журнала **„ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ"** въ Москвѣ, Поварская, Трубниковскій пер., д. 19, кв. 34. Телеф. 1-01-76. Въ Кіевѣ подписка принимается въ книжномъ магазинѣ Н. Я. Оглоблина, Крещатикъ, д. № 33.

Редакторъ *Б. А. Кистяковскій.*

Издатель: Юридическое Общество при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.



Digitized by Google

**Съ 1-го января 1917 года въ Москвѣ будетъ выходить**

ЖУРНАЛЪ

# „Психологическое Обозрѣніе",

издаваемый подъ редакціей **проф. Г. Челпанова и пр.-доц. Г. Шпета.**

ПРОГРАММА ЖУРНАЛА:

Журналъ состоитъ изъ 4 отдѣловъ. I-ый отдѣлъ: руководящія статьи по психологіи, какъ теоретической, такъ и прикладной. II-ой отдѣлъ: спеціальныя изслѣдованія по экспериментальной и общей психологіи. III-й отдѣлъ: критика и библіографія сочиненій по психологіи, выходящихъ какъ на русскомъ, такъ и на иностранныхъ языкахъ. IV-ый отдѣлъ: разныя извѣстія, касающіяся положенія психологіи въ Россіи и на Западѣ, описанія новыхъ аппаратовъ и т. п.

**Сроки выхода**: Журналъ выходитъ четыре раза въ годъ книжками размѣромъ въ 12—13 печатныхъ листовъ. **Подписная цѣна** съ доставкой и пересылкой въ Россіи **6 р.** за годъ.

Подписка принимается во всѣхъ книжныхъ магазинахъ и въ конторѣ редакціи (**Москва, Моховая, 9, Университетъ, Психологическій Институтъ.**) ежедневно отъ 3—4 ч. дня.

---

**ПРИНИМАЕТСЯ ПОДПИСКА на 1917 годъ**

# ИЗВѢСТІЯ
# Министерства Иностранныхъ Дѣлъ

(шестой годъ изданія).

Въ 1917 года журналъ будетъ выходить каждые два мѣсяца книгами около 15 листовъ. Въ программу «**Извѣстій Министерства Иностранныхъ Дѣлъ**» входятъ: международные договоры, заключенные Россіей; русское законодательство; международные договоры иностранныхъ государствъ; дипломатическая переписка; административная и судебная практика; консульскія донесенія; статьи, замѣтки и матеріалы по вопросамъ международнаго права, исторіи международныхъ сношеній и по внѣшней торговой политикѣ; библіографія. | **Подписная цѣна**—6 руб. въ годъ, за границу—7 р. 50 к. Подписка и объявленія принимаются въ главной конторѣ—книжномъ магазинѣ А. Ф. Цинзерлинга (Мельке и К°)—Невскій, 20, Петроградъ. Редакція «**Извѣстій Министерства Иностранныхъ Дѣлъ**» помѣщается въ Петроградѣ, Дворцовая пл., 6, зданіе Министерства Иностранныхъ Дѣлъ.

Редакторъ **Бар. Б. Э. Нольде.**



Digitized by Google

**Открыта подписка на 1917-ый годъ**

НА ЖУРНАЛЪ

(5-й годъ изданія)

# ВѢСТНИКЪ

# Гражданскаго Права

Издаваемый **М. М. ВИНАВЕРОМЪ.**

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ:

проф. **Д. Д. Гримма.** проф. **М. Я. Пергамента,** проф. **В. Б. Ельяшевича** и проф. **І. А. Покровскаго.**

Журналъ выходитъ ежемѣсячно, за исключеніемъ іюня, іюля, августа и сентября.

**Подписная цѣна на 1917-й годъ повышена на 8 рублей въ годъ.** Допускается разсрочка: **5** руб. при подпискѣ и **3** р. къ 1 мая.

Адресъ конторы:

**Петроградъ, Захарьевская, 25. Телефонъ 5-23-50.**

---

**ОТКРЫТА ПОДПИСКА на 1917-й годъ**

(5-й годъ изданія)

**на ежемѣсячный литературный, научный и политическій журналъ**

# „Сѣверныя Записки"

Издаваемый въ Петроградѣ.

Въ 1917 году журналъ будетъ издаваться по прежней программѣ и при участіи прежнихъ сотрудниковъ въ отдѣлахъ **художественной литературы** (беллетристика, стихи), **литературной критики, искусства, театра, науки, философіи, религіи, политики, общественной жизни, народнаго хозяйства.**

**Подписная цѣна на журналъ съ пересылкой:** на годъ—**10** р., на 6 мѣс.—**5** р., на 3 мѣс.—**2** р. **50** к.; **за границу:** на годъ—**14** р., на 6 мѣс.—**7** руб.

**Подписка принимается:** въ главн. конторѣ журнала: **Петроградъ, Загородный пр., 21,** въ крупныхъ книжныхъ магазинахъ и **во всѣхъ почтовыхъ учрежденіяхъ.** )—( Отдѣленіе конторы журн. **„Сѣверныхъ Записокъ"** въ **Москвѣ,** Кн-во **«Задруга»,** М. Никитская, 29, кв. 6.

Книжные магазины за комиссію удерживаютъ 5%.

**Систематическій и именной указатель къ журналу «Сѣверныя Записки» за 1913—1915 гг. высылается за 10-коп. марку.**

Издательница **С. И. Чацкина.**



Digitized by Google

Digitized by Google

Цѣна 2 руб.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

H
8
.I901
v. 16
Iuridicheskii
Viestnik
1916
Bindery
Nov12'65

H
8
I901
16

IUridicheskii viestnik.

1916

Digitized by Google

L278

UNIVERSITY OF CHICAGO
097 923 419

Digitized by Google